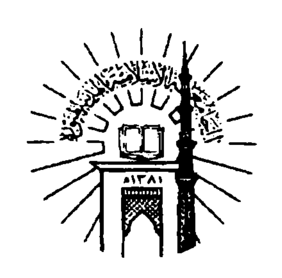
المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
عمادة البحث العلمي
رقم الإصدار : (١١٥)



القواعد والضوابط الفقهية

من خلال كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

لابن رشد الحفيد (٥٩٥ هـ)

جمعاً ودراسة

تأليف الدكتور
عبد الوهاب بن محمد جامع إيليشي

الجزء الأول

الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

القواعد والضوابط الفقهية

من خلال كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

لابن رشد الحفيد (٥٩٥ هـ)

جمعاً ودراسة

ⓒ الجامعة الإسلاميّة ، ١٤٣٠ هـ

فهرس مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

ايليشين، عبد الوهاب بن محمد جامع

القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ) جمعاً ودراسة

عبد الوهاب بن محمد جامع ايليشين ـ المدينة المنورة ، ١٤٣٠ هـ

٢١٦٦ ص ، ١٧ × ٢٤ سم

ردمك : ٤ ـ ٦٠٨ ـ ٠٢ ـ ٩٩٦٠ ـ ٩٧٨

١ ـ الفقه الإسلامي ـ مذاهب ـ تاريخ   أ ـ العنوان

ديوي ٢٥٨   ١٤٣٠/٥٦٠١

رقم الإيداع: ١٤٣٠/٥٦٠١

ردمك : ٤ ـ ٦٠٨ ـ ٠٢ ـ ٩٩٦٠ ـ ٩٧٨

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه نوقشت في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة وحصلت على تقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدّمة معالي مدير الجامعة الإسلاميّة

الحمد لله الذي علّم بالقلم علّم الإنسان ما لم يعلم، والصَّلاة والسَّلام على رسول الهدى الذي أمر بالعلم قبل العمل، فبه ارتفع وتقدّم، وعلى آله وأصحابه ومَنْ بأثره اقتفى والتزم. وبعد:

فإنَّ الاشتغال بطلب العلم والتفقّه في الدّين من أجلّ المقاصد وأعظم الغايات وأولى المهمّات؛ لذلك ندب إليه الشَّارع الحكيم في كثير من نصوص كتابه، وأمَرَ نبيّه ﷺ بالزيادة منه؛ فقال تعالى: ﴿ **وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ** ﴾ [التوبة: ١٢٢].

وقال جلّ وعلا: ﴿ **وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا** ﴾ [طه: ١١٤].

وقد رتّب النبي ﷺ الخير كلّه على التفقّه في الدّين فقال ﷺ: «**من يرد الله به خيراً يفقّهه في الدين**» متّفق عليه. وقال ﷺ: «**النَّاس معادن خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام إذا فقهوا**» متّفق عليه. وهذا مما يدلّ على أهميته وعظم شأنه.

لذلك كان الاهتمام بالعلم الشّرعيّ المستمّد من الكتاب والسنّة وفهمِ السَّلف الصَّالح هو الهدف الأسمى لمؤسس هذه الدّولة المباركة الملك عبدالعزيز -يرحمه الله- وكذلك أبناؤه من بعده الذين كانت لهم اليد الطولى وقَدَمُ السبقِ في الاهتمام بالعلم وأهله؛ فأولوه عنايةً فائقةً، وخصّوه بجهود مباركة، ظهرت آثارها على البلاد والعباد.

وكان لخادم الحرمين الشَّريفين الملك عبدالله بن عبدالعزيز —حفظه الله- جهودٌ واضحةٌ استوتْ على سوقها ووفّقتْ لمقصودها، ومن ذلك أمره بزيادة عدد الجامعات، وفتح جميع الوسائل ذات العلاقة بالتطوير والتنقيح والتأليف والنَّشر كعمادات ومراكز البحث العلميّ في شتّى الجامعات وعلى رأسها الجامعة الإسلاميَّة —العالمية العلمية- التي أولت البحث العلميّ اهتماماً بالغاً وجعلته غاية من غاياهّا وهدفاً من أهدافها.

ومن هنا فعمادة البحث العلميّ بالجامعة هّتم بالبحوث العلميَّة نشراً وجمعاً وترجمة وتحكيماً في داخل الجامعة وخارجها؛ من أجل النُّهوض بالبحث العلميّ، والتشجيع على التَّأليف والنّشر، ومن ذلك كتاب: **[القواعد والضوابط الفقهيّة من خلال كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) لابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ) جمعًا ودراسة]** تأليــف الدكتور/ **عبدالوهاب بن محمد جامع إبليشن**.

أسأل الله أنْ يوفّقنا جميعاً لما يحبّ ويرضى ويرزقنا الإخلاص في القول والعمل، وصلّى الله وسلَّم وبارك على نبيِّنا محمَّدٍ وعلى آله وأصحابه أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين.

مدير الجامعة الإسلاميَّة

أ.د/ محمد بن علي العقلا

مُقَدِّمَةٌ

وفيها:

- الافتتاحية.
- أهمية الموضوع وأسباب اختياري له.
- خطّة البحث.
- منهج البحث.
- الشّكر والتّقدير.

إنّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيّئات أعمالنا، مَن يهده الله فلا مضلّ له، ومَن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له، وأشهد أنّ محمّداً عبده ورسوله ﷺ .

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾[(١)]

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُوا۟ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾[(٢)]

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾[(٣)]

الحمد لله كما يُحبّ ويرضى، وله الشّكر والثّناء الحسن الجميل، كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصّلاة والسّلام على نبيِّنا الكريم، الذي أَرْسَلَهُ الله رحمةً لهذه الأمّة؛ ليعلِّمَها الخير، ويفقِّهَهَا في دِينها الذي به سعادتها، وبه يصلح أمرها للدِّين والدُّنيا، وعلى آله الطّيِّبين الطّاهرين، وأصحابه المجاهدين، الذين ورثوا العلم الرَّباني والهدي النّبويّ، وورّثوه لِمَنْ بعدهم حتّى تأصلّت أصوله في الدّنيا، وتقعَّدت قواعده في الآفاق.

وبعد؛ فإنّ العلوم الشّرعية مُترابطةٌ ومتكاملةٌ مع بعضها البعض، وهي تُكوِّن بِمجموعها بناءً معرفيّاً متراصّاً، يتّجه نحو وجهةٍ واحدةٍ؛ هي

(١) سورة آل عمران آية: ١٠٢.
(٢) سورة النساء آية: ١
(٣) سورة الأحزاب آية: ٧٠-٧١.

فقه الشّريعة، المتمثّل في فقه نصوصها فقهاً يُمَكِّنُ الفقهاء من إخضاع كلّ قضايا الحياة ونوازلها وأحداثها لدين الله، وحَلّ مشاكل الإنسان الاجتماعية؛ سياسيّةً كانت أو اقتصاديّةً أو فكريّةً أو ثقافيّةً أوغيرها؛ حَلاًّ يقوم على أساس شرع الله ومنهجه القويم.

لذا؛ فإنّ أشرف العلوم علوم الشّرع،بل هو غايتها ومنتهاها؛لأنّ هذه العلوم أصولها وفروعها لم تنشأ بين العلماء، وتترعرع، وتنضج في عقولهم وعلى ألسنتهم وأقلامهم إلاّ بدافعٍ واحدٍ، ولقصدٍ واحدٍ، هو فهم النّصّ الشّرعيّ، وفقهه واستنباط الأحكام الشّرعية منه لِتسليطها على مستجدات الحياة، وهذا عينه هو ما يَبحث فيه الفقهُ، ويَهتمُّ به.

إذا كان ذلك كذلك؛ فإنّ ضمان استمرار استيعاب الشّريعة الإسلامية لقضايا الحياة وتطوّراتها ومستجدّاتها الكبرى والمعقَّدة رهينٌ باستمرار الحركة الفقهية وبقائها حيّةً نابضةً، وبمقدار ما تنشط هذه الحركة وتواصل سيرها، وتمارس وظائفها تنضبط الحياة ويستقيم أمرها عند النّاس.

وبهذا، يستطيع الواحد أن يقرِّرَ بكلّ اطمئنان أنّ الفقه الإسلاميّ هو الميزان الذي توزن به الأمّةُ الإسلاميّةُ من حيث تقدُّمُهَا أو تأخُّرُهَا؛ فبازدهاره واتّساع آفاقه تزهر هذه الأمّة وتستنير، وبِجموده وموته -لا سمح الله- تُجَمَّدُ الأمّة ويصيبها الشّلل.

ومن المعلوم أنّ الفقه الإسلاميّ لم ينشأ دفعةً واحدةً، بل مرّ بِمراحلَ وفتراتٍ كانت مليئةً بالأحداث والوقائع الّتِي منها كان يستقي غذاءه وحياته إلى أن اكتمل واستوى ناضجاً في عصر التّدوين، و لم يقف به الفقهاء عند هذا الحدّ، بل اشتدّ اهتمامهم به بدافع الحاجة النّاجمة عن

كثرة المسائل والفروع، وطال احتكاكهم بمباحثه ومسائله؛ حتّى قعّدوه وضَبَطوا شتاته بالكلّيات والأصول.

وهذه الجهود العلمية المباركة ذلّلت الكثير من الصّعوبات التي قد تقف في طريق البحث الفقهي، وأبرزها: كثرة المسائل والفروع الفقهية؛ بحيث يضيق على الفقيه ضبطها وحصرها، فلمّا أسّسوا هذه القواعد، سَهُلَ الأمرُ ويَسُر على الفقيه؛ لانضباط هذه الكثرة الكاثرة في الفروع والجزئيات، واندراج كلّ مجموعةٍ منها مُتجانسةً أو متشابهةً في قاعدتها التي تستوعبها وتنطبق عليها.

هكذا ظلّت القواعد الفقهية أسلوباً علميّاً رائعاً؛ لِجمع شتات الفقه ومسائله المبثوثة في أبوابه وفصوله، وقد أكّد الفقهاء عليها، واعتبروا الذي لا يعتَنِي بتحصيلها مُفَرِّطاً في الفقه غير ضابطٍ له، مغلوباً على أمره فيه، بل جعلها بعض المحقّقين مُوازيةً لأصول الفقه، وأنّهما معاً -أصول الفقه والقواعد الفقهية- يُمَثّلان أصلَين كبيرين من أصول الشّريعة[1]، جاء في الفروق: ((فإنّ الشّريعة المعظَّمة المحمّديّة -زاد الله تعالى منارَهَا شرفاً وعلوّاً- اشتملت على أصولٍ وفروعٍ، وأصولها قسمان:

أحدهما: المُسَمَّى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلاّ قواعد الأحكام النّاشئة عن الألفاظ العربية خاصّةً، وما يعرض لِتلك الألفاظ...

(١) انظر: قواعد الفقه الإسلامي ص ٩-١١.

والقسم الثّاني: قواعدُ كلِّيَّةٌ فقهيّةٌ جليلةٌ كثيرةُ العدد، عظيمةُ المدد، مشتملةٌ على أسرار الشّرع وحِكَمه، لكلّ قاعدةٍ من الفروع في الشّريعة ما لا يُحْصَى، ولم يُذْكَر منها شيءٌ في أصول الفقه...))[١].

فليس من المبالغة إذن، أن يقال: إنّ القواعد الفقهية تُمَثِّل قمّةَ الفقه الإسلاميّ، وزبدته وعُصارته، وفي صياغة هذه القواعد وعرضها وتَحليلها تظهر العقلية الفقهية الإسلامية الواسعة العميقة، وقدرتها على التّجميع والتّأصيل.

ولهذه الأهمية القصوى للقواعد الفقهيّة، ورغبتِي في التّأصيل العلميِّ، تأصيلاً يُمَكِّنُني من النّظر في نصوص الشّرع، وأقوال الصّحابة، وفهمها كما فهمها العلماء من بعدهم إلى يومنا هذا، تأصيلاً يُؤَهِّلُني لتَخريج الفروع على الأصول، وإلْحَاق المسكوت عنها من النّوازل المستجدّة بالمنطوق بها في الأحكام الشّرعية، وامتثالاً لَتوجيه علماء الدِّين المجرِّبين؛ كالإمام شهاب الدِّين أبي العبّاس القرافي؛ حيث يقول: ((إذا خَرَجَتِ الفروعُ الكثيرةُ على قاعدةٍ واحدة؛ فهو أَولَى مِن تَخريج كلّ فرعٍ بمعنًى يَخصّه؛ لأنّه أَضْبَطُ للفقيه، وأَنْوَلُ للعقل، وأَفْضَلُ في رتبة الفقه، وليكن هذا شأنك في تَخريج الفقه، فهو أَولَى بِمَن عَلَتْ هِمَّتُهُ في القواعد الشّرعية))[٢].

لهذا كلّه، رغبت في الكتابة في هذا الجانب، وأن تكون رسالتِي لنيل الدّرجة العالَمية العالية (الدّكتوراه) في القواعد الفقهيّة، فأبدأ البحث في الفقه الإسلامي من رأسه وقمّته؛ إذ البحث في قواعد العلم؛ بَحْثٌ في عصارته ومنتهاه.

---

(١) الفروق للقرافي ١/٢.

(٢) الأمنية ص ٦٢.

وآثرت أن تكون رسالتي في إطار دراسة تَجمع بين نظريّة وتطبيقية، وتكمن تلك من خلال النّظر في مؤلَّفٍ من مؤلَّفات أئمة الفقه في الشأن، ولَمّا كان البحث في القواعد يزداد أهمّيّةً بحسب قيمة المصنَّف الفقهيّ الذي تُدْرَسُ من خلاله، وبعد اطّلاعي الطّويل على كتاب: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد ابن رشد الحفيد)، وجدته يستوعب مادّةً وافرةً للقواعد الفقهية، يقف الباحث فيها على عظمة الفقه ولذّته، وأعجبت بقيمته العلمية، وأسلوبه الواضح غير المتكلِّف، ومنهجه القويم، وتَجرّد مؤلِّفه عن التّقليد ونبذه التّعصّب، وحثّه الدّائم على التّفقّه في قواعد الفقه وأصوله، بل ذلك من أسباب تأليفه لهذا الكتاب العظيم - كما سيأتي إن شاء الله في موضعه-، عزمت فتوكّلت على الله للقيام باستخراج ما في هذا الكتاب من القواعد الفقهية الكلّيّة، والضّوابط الجزئيّة، ثم تصنيف هذه القواعد حَسب موضوعاتها وأحجامها، ومعرفة أصولها النّقليّة والعقليّة؛ ليكون موضوع هذه الرِّسالة التي بعنوان:

[القَواعِدُ وَالضَّوَابطُ الفِقْهِيَّةُ، مِنْ خلاَل كِتَاب: بدَايَة المُجْتَهد ونِهَايَة المُقْتَصد؛ لابْنِ رُشْد الحَفِيد، جمعاً ودراسةً].

ومَجال بَحْثي هو قواعدُ استدلاليّةٌ أو خلافيّةٌ، وهي تلك القواعد التي ذكرها دليلاً أو بياناً لسبب لخلاف الفقهاء.

وأجمل فيما يأتي بالإضافة لما سبق أهمّيّة الموضوع وأسباب اختياره في النّقاط التّالية على ما جرت به عادة الباحثين.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١-إنّ القواعد الفقهية على طرف، جم الفوائد، قليل الفضول، وبمعرفتها تنضبط الفروع الجزئيّة المتناثرةً في سلكٍ واحدٍ، مما يسهّل استذكار حكم المسائل الفقهية بمجرد تذكّر القاعدةً الجامعة لها. وتنمي الملكة الفقهيّة لصاحبها، وتعينه على إدراك مقاصد الشريعة وأسرارها.

٢-إنّ القواعد الفقيهة لا زالت بحاجة ماسّة إلى المزيد من العناية، في جانبَي التأصيل والتطبيق،-إلى جانب ماً بُذل من جهود قيّمة في هذا المجال-، وبخاصّة في هذا العصر المتجددة حوادثه ونوازله، لِحَلِّ كثيرٍ من تلك المعضلات والنّوازل والحوادث.

٣-بناءً على ما تقدّم؛ فإنّ القواعد الفقهيّة تعطي تصوّراً واضحاً عن عظمة الفقه الإسلامي، وتكشف عن اتّجاهاته، وتبرز دقّة فهم الفقهاء وبُعْدَ نظرهم.

٤-أهميّة كتاب: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) في الفقه الإسلامي للمبتدئ والمجتهد، لما حواه من العلوم والفنون؛ من فقه وأصوله وقواعده، وقرآنٍ وعلومه، وحديثٍ وعلومه، ولغة وأصولها.

٥-علاقة هذا الكتاب بالقواعد الفقهية، علاقةٌ أساسيةٌ؛ فإنّ مِنْ أسباب تأليفه؛ تأصيلَ الأصول وتقعيد القواعد كما نصّ عليه مؤلّفه غير مرّةٍ، وشهد به غيره.

قال عنه الإمام الذّهبي: وله من المصنّفات: كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه، علّل فيه ووجّه، ولا نعلم في فنّه أنفع منه، ولا

أحسن مساقاً[١].

وقال في الفكر السّامي: ((له بداية المجتهد المطبوعة المتداولة، دالّةٌ على باعٍ وكمال اطّلاعٍ على اختصارها، وبدايته نهاية غيره))[٢].

٦- مكانة مؤلّفه الإمام ابن رشد الحفيد؛ حيث عُدَّ من نوادر علماء المسلمين بِما أعطي من صفاء الذّهن، وحدّة الذّكاء، وظلّت آراؤه وأفكاره معينةً لأهل العلم وروّاد المكتبات، كان من أهل العلم والتّفنّن في المعارف، أخذ النّاسُ عنه واعتمدوا عليه.

٧- مع هذه الأهمية؛ فإنّه — حسب علمي - لم يُكْتَبْ في هذا الجانب من هذا الكتاب، فقصدتُ إبرازه ليكون معيناً -بعد الله تعالى- لقارئ هذا الكتاب على فهمه.

٨- إشادة بعض مشايخي في قسم الفقه أمثال: فضيلة شيخي محمّد الوائلي، وفضيلة شيخي عبد الله الطريقي، وفضيلة شيخي نايف العمري -رئيس قسم الفقه بالكلية وقتئذٍ، وفضيلة شيخي محمّد بن محمّد المختار الفقيه، وكل واحدٍ منهم -حفظهم الله- أشاد بأهمية الموضوع، ونَوَّهَ بفائدة الكتابة فيه، فأخذت بمشورتهم، واستعنت بالله في الخوض في الموضوع رغم صعوبته، وقلّة بضاعتِي، رغبةً في كسب خبرةٍ وزيادةٍ في العلم.

---

(١) انظر: سير أعلام النّبلاء ٢١/٣٠٨، وتاريخ الإسلام ٤٢/١٩٨، نقلاً مقدّمة السّحيبانِي للبداية ١/٥٨.

(٢) الفكر السّامِي للحجوريّ الفاسيّ ٢/٢٢٨.

خطّة البحث:

اقتضت طبيعة هذه الرّسالة، والمادّة العلميّة المجتمعة فيها، ومنهجها أن تتكوّن خطّة البحث -بمشيئة الله تعالى- من: مقدِّمةٍ، وتَمهيدٍ، وقسمَين رئيسَين، وخاتمةٍ.

- **المقدِّمة ذكرتُ فيها:**
  - **الافتتاحية.**
  - **أهمية الموضوع وأسباب اختياري له.**
  - **خطّة البحث.**
  - **منهج البحث.**
  - **الشّكر والتّقدير.**

- **التّمهيد**: التّعريف بالقواعد والضّوابط الفقهيّة، والفرق بينهما، وفيه سبعة مباحث[1]:

المبحث الأوّل: تعريف القاعدة الفقهيّة لغةً واصطلاحاً.

المبحث الثّاني: تعريف الضّابط الفقهيّ لغةً واصطلاحاً.

المبحث الثّالث: الفرق بين القاعدة الفقهيّة وبين الضّابط الفقهيّ.

المبحث الرّابع: الفرق بين القاعدة الفقهيّة و القاعدة الأصوليّة.

---

(١) المثبَتُ في أصل الخطّة المقدَّمة للقسم، والتي تَمَّت موافقةُ المجالس عليها؛ مبحثان فقط، أوّلُهما: هو المبحث الأوّل، وثانيهما: يشمل المبحث الثّاني والثّالث، وأمّا المباحث الخمس المتبقيّة بدأ من المبحث الثّالث إلى السّابع فزيادةٌ تقتضيها طبيعة البحث، أثبتها بعد توجيه فضيلة المشرف حفظه الله ووفّقه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: إثبات عنوان الكتاب.

المطلب الثّاني: إثبات نسبته للمؤلّف.

المبحث الثّاني: سبب تأليف الكتاب.

المبحث الثّالث: موضوع الكتاب ومنهج مؤلّفه فيه، وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: موضوع الكتاب.

المطلب الثّاني: منهج مؤلّفه فيه.

المبحث الرّابع: أهمية الكتاب وبيان مزاياه.

المبحث الخامس: الملاحظات على الكتاب.

القسم الثّاني:دراسة القواعد والضّوابط الفقهية في كتاب:(بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، وفيه خمسة أبواب:

الباب الأوّل: القواعد الكلّيّة التي لا تختصّ بكتابٍ أو بابٍ معيَّنٍ، وفيه اثنا عشر مبحثاً:

١- **المبحث الأوّل:** قاعدة: النّفس أعظم حرمةً من المال.

٢- **المبحث الثّاني:** قاعدة: ليس ينسب إلى ساكتٍ قولٌ.

٣- **المبحث الثّالث:** قاعدة: النّاسي معذورٌ والعامدُ غيرُ معذورٍ / النّاسي غير معاقبٍ.

٤- **المبحث الرّابع:** قاعدة: الشّكّ لا يوجب عملاً ولا يرفع العلم الموجب للعمل.

٥- **المبحث الخامس:** قاعدة: لا يجتمع الأصل والبدل في فعلٍ واحدٍ.

٦- **المبحث السّادس**: قاعدة: البدل عمّا ليس بواجبٍ ليس بواجب.

٧- **المبحث السّابع**: قاعدة: إذا ارتفع السَّبَبُ ارتفع المسبَّبُ الذي يقتضيه ضرورةً.

٨- **المبحث الثّامن**: قاعدة: يجزي تقديم الحقّ الواجب قبل وقت وجوبه.

٩- **المبحث التّاسع**: قاعدة: الفروع تابعةٌ للأصول فوجب لها حكم الأصل.

١٠- **المبحث العاشر**: قاعدة: الأصل هو أنّ القضاء يجب أن يكون على صفة الأداء.

١١- **المبحث الحادي عشر**: قاعدة: الحكم للمعتاد والنّادر لا حكم له.

١٢- **المبحث الثّاني عشر**: قاعدة: ما وقع الإجماع على إجزائه ليس يلزم أن يكون شرطاً في الصّحّة.

الباب الثّاني: القواعد والضَّوابط المتعلِّقة بالعبادات، وتحته ثلاثة فصولٍ:

الفصل الأوّل: القواعد التِي لا تختصّ بكتابٍ أو بابٍ معيَّنٍ في العبادات، وفيه ستة مباحث:

١٣- **المبحث الأوّل**: قاعدة: العبادة المحضة مفتقرةٌ إلى النّيّة والعبادة المفهومة المعنَى غير مفتقرةٍ إلى النّيّة.

١٤- **المبحث الثّاني**: قاعدة: ما هو شرطٌ في ابتداء العبادة؛ شرطٌ في استمرارها.

١٥- **المبحث الثّالث**: قاعدة: ليس كلّ شيءٍ منعه الحيض، فالطهارة شرطٌ في فعله إذا ارتفع الحيض؛ كالصّوم.

١٦- **المبحث الرّابع**: قاعدة: من التزم عبادةً في وقت نظيرها انقلبت إلى النّظير.

١٧- **المبحث الخامس**:قاعدة: الأصل أنّ المرأة في معنَى الرجل في كلّ عبادة، إلاّ أن يقوم الدّليل على تخصيصها.

١٨- **المبحث السّادس**:قاعدة:حكم العبد في التّكاليف حكم الحرّ إلاّ ما أخرجه الدّليل.

الفصل الثّاني: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالطّهارة، والنّجاسات، وفيه ثلاثة مباحث:

١٩-**المبحث الأوّل**: قاعدة: كلّ ما أزال العين فقد طَهُرَ.

٢٠-**المبحث الثّاني**: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالنّجاسات، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأوّل: قاعدة: ما هو رجسٌ في عينه فهو نجسٌ لعينه.

المطلب الثّاني: قاعدة: كلّ ما هو نجسٌ لعينه فلا يَتَبَعَّضُ.

المطلب الثّالث:ضابط:كلّ نجاسةٍ تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء.

٢١-**المبحث الثّالث**: ضابط: كلّ ما يغيّر الماء مِمَّا لا ينفكّ عنه غالباً، لا يسلبه صفة الطّهارة والتّطهير.

الفصل الثّالث: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالصّلاة، والزّكاة والحجّ، وفيه خمسة مباحث:

٢٢- **المبحث الأوّل**: ضابط: كلّ مَن أخلّ بشرطٍ من شروط صحّة الصّلاة وجبت عليه الإعادة.

٢٣- **المبحث الثاني**: ضابط: الأصل أنّ صلاة المأموم غير مرتبطةٍ بصلاة الإمام.

٢٤- **المبحث الثّالث**: ضابط: لا زكاة في مال حتّى يحول عليه الحول.

٢٥- **المبحث الرّابع**: قاعدة: ما يوجب الحدّ يفسد الحجّ.

٢٦- **المبحث الخامس**: ضابط: كلّ ما لا يجوز للمُحرِم ابتداؤه وهو مُحْرِمٌ لا يجوز له استصحابه وهو مُحْرِمٌ.

الباب الثّالث: **القواعد والضّوابط المتعلّقة بالنّكاح وعقود المعاملات،** وفيه خمسة فصول:

الفصل الأوّل: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالنّكاح والطّلاق، وفيه أربعة مباحث:

٢٧- **المبحث الأوّل**: قاعدة: كلّ ما جاز أن يكون ثمناً وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقاً.

٢٨- **المبحث الثاني**: قاعدة: حكم الرَّجعة بعد الطلاق حكم ابتداء النّكاح.

٢٩- **المبحث الثّالث**: ضابط: الأصل أن لا فرقة إلاّ بطلاق.

٣٠- **المبحث الرّابع**: ضابط: ما جعل الشّرع بيد الرّجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة بجعل جاعلٍ.

الفصل الثّاني: القواعد والضّوابط المتعلّقة بعقود المعاملات، وفيه خمسة مباحث:

٣١- **المبحث الأوّل**: قاعدة: العقود اللازمة تلزم بالنّية فقط دون اللّفظ، أو باللّفظ والنّية معاً.

٣٢- **المبحث الثّاني**: قاعدة: قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر.

٣٣- **المبحث الثّالث**: قاعدة: الأصل أنّ الحقوق تورث كالأموال.

٣٤- **المبحث الرّابع**: ضابط: كلّ من صحّ أن يكون راهناً صحّ أن يكون مرهَناً

٣٥- **المبحث الخامس**: ضابط: الصّفة إنّما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقّة التِي في نشره.

الفصل الثّالث: القواعد المتعلّقة بالشّروط في العقد، وفيه خمسة مباحث:

٣٦- **المبحث الأوّل**: قاعدة: المؤمنون عند شروطهم.

٣٧- **المبحث الثّاني**: قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

٣٨- **المبحث الثّالث**: قاعدة: الشّرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد.

٣٩- **المبحث الرّابع**: قاعدة: القبض شرط من شروط العقد، أو حكم من أحكام العقد.

٤٠- **المبحث الخامس**: قاعدة: ما جاز استيفاؤه بالشّرط جاز استيفاؤه بالأجر.

الفصل الرّابع: القواعد والضَّوابط المتعلّقة بالعقود المحرَّمة، وفيه سبعة مباحث:

٤١- **المبحث الأوّل**: قاعدة: كلّ سلفٍ يجر نفعاً فهو ربا.

٤٢- **المبحث الثّاني**: قاعدة: رفع السّببِ المفسِد في المحسوسات بعد فساد الشّيء ليس يقتضي عودة الشّيء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود.

٤٣- **المبحث الثّالث**: قاعدة: ما لا يجوز اتّخاذه لا يجوز بيعه.

٤٤- **المبحث الرّابع**: قاعدة: ما جاز بيعه جازت هبته، وما لم يجز بيعه لم تجز هبته.

٤٥- **المبحث الخامس**: قاعدة: الأصل أنّه إذا كان في الشيء أكثر من منفعةٍ واحدةٍ وحَرُمَ منه واحدةٌ من تلك المنافع أنّه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع.

٤٦- **المبحث السّادس**: ضابط: كلّ مالا يجوز التّفاضل في الصّنف الواحد منه يجوز فيه النّساء.

٤٧- **المبحث السّابع**: ضابط: البيوع الفاسدة إذا وقعت و لم تفت بإحداث عقدٍ فيها، ونَماءٍ، أو نقصانٍ، أو حوالة سوقٍ فحكمها الرّدّ.

الفصل الخامس: القواعد المتعلّقة بالخيار والغرر، وفيه أربعة مباحث:

٤٨- **المبحث الأوّل**: قاعدة: الأصل في العقود ألاّ خيار إلاّ ما وقع عليه النّصّ.

٤٩- **المبحث الثّاني**: قاعدة: الأصل أنّ كلّ ما حطّ عن القيمة يجب به الرّد / وكلّ ما أثَّرَ في القيمة فهو عيبٌ.

٥٠- **المبحث الثّالث**: قاعدة: العدل في المعاملات إنّما هو مقاربة التّساوي.

٥١- **المبحث الرّابع**: قاعدة: الغرر اليسير معفوّ عنه في الشّرع.

الباب الرّابع: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالجنايات (الحدود والقصاص) والكفّارات، وفيه سبعة مباحث:

٥٢- **المبحث الأوّل**: قاعدة: الأصل في إقامة الحدود هو السّلطان.

الدّماء.

٦٤- **المبحث السّادس**: قاعدة: الإنسان لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه/المحكوم عليه لا يكون حاكماً على نفسه.

٦٥- **المبحث السّابع**: قاعدة: للتّهمة تأثيرٌ في الشرع.

٦٦- **المبحث الثّامن**: قاعدة: إذا اجتمع الحقان لم يُسقِط أحدهما الآخر.

٦٧- **المبحث التّاسع**: قاعدة: الفسق متَى ارتفع قبلت الشّهادة.

٦٨- **المبحث العاشر**: قاعدة: كلّ مَنْ يتأتى منه الفصل بين النّاس فحكمه جائزٌ إلاّ ما خصّصه الإجماع من الإمامة الكبرى.

الفصل الثّاني: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالملك، والميراث، وفيه خمسة مباحث:

٦٩- **المبحث الأوّل**: قاعدة: الأصل هو اختصاص الملاّك بأملاكهم إلا أن يقوم الدّليل على خلاف ذلك.

٧٠- **المبحث الثّاني**: قاعدة: الأصل أحقّ بشيءٍ من المشارك له في الأصل / السّبب أملك للشّيء من لاحقه.

٧١- **المبحث الثّالث**: كلّ مَن يحوز المال يثبت النّسب بإقراره.

٧٢- **المبحث الرّابع**: ضابط: لا يرث القاتلُ المقتولَ.

٧٣- **المبحث الخامس**: ضابط: من لا يرث لا يحجب.

الفصل الثّالث: القواعد المتعلّقة بالضّمان، وفيه ستة مباحث:

٧٤- **المبحث الأوّل**: قاعدة: الواجب في ضمان المتلفات: العين، وإلاّ فالمثل، وإلاّ فالقيمة

منهج البحث:

باديء ذي بدءٍ، قمت بقراءة كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد ابن رشد الحفيد -رحمه الله- بغية استخراج ما فيه من القواعد والضّوابط، وجمعت كلّ ما يشبه قواعدَ كلّيّةً أو ضوابطَ جزئيةً، ويَقْرُبُ من مائتَي مادّةٍ، منها ما كانت نصّاً من نصوص الشّرع؛ كالآية القرآنية أو الحديث النّبويّ الشّريف، ومنها قواعدُ فقهيّةٌ كلّيّةٌ أو جُزْئيَّةٌ، وقواعدُ أصوليّةٌ وأخرى مشتركةٌ بينهما، وأخرى في فنونٍ مختلفةٍ ليس لها صِلَةٌ مُبَاشِرَةٌ بالفقه؛ كقواعد في العقيدة واللّغة العربية ونحوها.

وبعد هذا، بدأت بعملية التّقسيم والسَّبْر(١)؛ فقمت بِما يلي:

١- إبعاد ما صحّ أنّه نَصٌّ من نصوص الشّرع.

٢- إبعاد قواعدَ أصوليّةٍ محضةٍ، وكذا جَمْع قواعدَ مختلفةٍ في فنون أخرى.

٣- إبعاد ما تكرّرت من القواعد والضَّوابط الفقهيّة، وضمّ بعضها مع البعض.

٤- إبعاد ما تردّدت بين أن تكون ضابطاً أو فرعاً من فروعٍ فقهيةٍ، وما لا يرقى ليكون قاعدةً أو ضابطاً في نظري.

---

(١) السَّبْرُ لغة: الاختبار، ومنه سُمِّيَ ما يُختبر به طول الجرح وعرضه مسباراً.
والتّقسيم والسّبرمسلكٌ من مسالك العلّة في أصول الفقه،وهو أن يقول:إمّا أن يكون الحكم مُعَلَّلاً بكذا أو بكذا،والكلّ باطلٌ إلاّ كذا؛فيتعيّن.انظر:المصباح المنير ص١٠٠،وشرح تنقيح الفصول ص٣٠٩.

٥-إبعاد القواعد الخمس الكبرى[١] المتَّفق عليها؛ لأنّها أشبعت بالبحث والدّراسة[٢].

والقواعد المختارة أغلبها وردت كاملةً في صياغتها، جاهزةً في صورها، وحرصت على إبقاء صيغها كما أوردها الإمام ابن رشد دون تغييرٍ أو تعديلٍ؛ إذ هي أصل البحث، وأُصَدِّرُهَا بذِكْرِ القاعدة، ثم مناسبة ذكرها، بقولِي: (ذكر الإمام ابن رشد هذه القاعدة...)، وقد تَحتاج مِنِّي إلى تعديل بعض كلماها، أو إعادة سبكها وصياغتها، وهذا قليلٌ ونادرٌ، وما كان منه بيّنته وأقول: (هذه القاعدة مستنبطةٌ، أو مستخرجةٌ) أو نحو ذلك.

وقمت بترتيب وتصنيف القواعد والضَّوابط المختارة ترتيباً موضوعيّاً، حسب أبواب الفقه، محاوِلاً ضَمَّ النّظير إلى نظيره، والقاعدة إلى

---

(١) وهي:
١- الأمور بمقاصدها.
٢- اليقين لاَ يَزول بالشّك.
٣- المشقّة تَجلب التَّيسير.
٤- الضّرر يُزال.
٥- العادّة مُحَكَّمَةٌ.

(٢) ممَّا كتب فيها: رسالةٌ علميَّةٌ مُقدَّمةٌ لقسم الفقه، كلّيّة الشّريعة بالجامعة الإسلاميّة لنَيل درجة العالَمية العالية (الدّكتوراه)، قدَّمها الباحث: إسماعيل بن حسن بن محمّد بن حسن علوان، بعنوان: (القواعد الخمس الكبرى، وما يتعلّق بها في مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع ودراسة)، للعام الدّراسي ١٤١٨هـ - ١٤١٩هـ، بإشراف: أ.د: فيحان بن شالِي المطيري، وناقشه: د. أحمد بن محمود عبد الوهّاب، ود. عبد الله بن إبراهيم الزّاحم بتاريخ: ١٤١٨/١١/٢٦هـ.

أختها، وجمع القواعد المتداخلة، وأصغرها يندرج تحت الأكبر.

ثم بعد هذا، وبعد الاستفادة من مشايخي، والأبحاث المماثلة، والاطّلاع على الكتاب، اخترت المنهج الآتي لإعداد الرِّسالة:

١- بدأتُ بذكر القاعدة أو الضّابط، ووجه ذكر ابن رشد لها.

٢- وثّقتُها ببيان صيغها أو معناها من كتب أهل العلم داخل وخارج المذاهب الفقهيّة الأربعة والمذهب الظاهري، والمنقول لا يلزم أن يكون قولاً لمؤلِّف الكتاب المنقول منه، ولا أن يكون لمذهبه الفقهي.

٣- انتهجت في التّوثيق ذكر عدّة صيغ القاعدة أو مفادها؛ كلّها تدلّ على معنًى واحدٍ يفسِّر بعضها بعضاً، وكثرتها مع تنوّعها وتكرّرها في كتب أهل العِلم وتعدّد صيغها؛ كلّ ذلك يدلّ على مدى استشهاد العلماء بها، وكثرة استعمالهم لها في تقرير الأحكام الفقهيّة، وأنّ القاعدة من حيث المعنَى مشهورة ومسلّم بها في الجملة.

٤- بيّنتُ معنَى الكلمات الغريبة والمصطلحات العلميّة في القاعدة أو الضّابط باختصارٍ.

٥- بيّنتُ المعنَى الإجمالي الفقهيّ للقاعدة أو الضّابط.

٦- بيّنتُ موقف المذاهب الفقهيّة منها، وذكر أقوالهم فيها اتفاقاً واختلافاً إن وُجِدَ.

٧- انْتَهجتُ التّرتيب الزّمنِي عند ذكر الأئمة الأربعة؛ فأقدّم أبا حنيفة، فمالكاً، فالشّافعي، ثم أحمد، وكذلك عند ذكر مذاهبهم.

٨- كما راعيت الأقدم وفاةً عند ذكر الأئمة داخل مذهبٍ معيَّنٍ.

٩- تقديم مَنْ كان القول أو المذهب المذكور له؛ فأقول مثلاً: هذا هو المذهب أو الصّحيح عند الحنابلة، ورواية عن الإمام أبي حنيفة.

١٠- أطلقت الجمهور على كلّ قولٍ زاد القائلون به على غيره؛ كمذهبين في مقابل مذهبٍ واحدٍ مثلاً.

١١- إذا قلت: دليل القاعدة أو القول كذا، فهو من المصدر المذكور أو الموثّق منه، وإذا قلت: يُمكن أن يستدلّ أو قد يستدلّ بكذا، فهو من اجتهادي.

١٢- إذا قلت: أجيب عنه، أو ردّ عليه، أو اعترض عليه؛ فهو من القائل أو المرجع المذكور، وإذا قلت: يمكن الجواب عنه، أو الرّدّ عليه، أو الاعتراض عليه؛ فهو من اجتهادي.

١٣- ذكر الأصل الذي تستند إليه القاعدة، والدّالّ على حجّيّتها في الغالب.

١٤- ذكرتُ القواعد والضّوابط الفقهيّة المندرجة تحت القاعدة المستخرجة، حسب وفرها، من غير التزام بعددٍ معيّنٍ.

١٥- حاولت الإحاطة بأكبر قدرٍ ممكنٍ لجوانب القواعد المدروسة، وتوظيفها في دراسة المسائل الأصوليّة والفقهيّة بغية مزيد الاستفادة.

١٦- مثّلتُ للقاعدة أو الضّابط ببعض الفروع الفقهيّة المندرجة تحتها حسب الإمكان من غير التزام بعددٍ معيّنٍ.

١٧- ذكرتُ بعض مستثنيات القاعدة في الغالب إن وجدت.

١٨- عزوتُ الآيات القرآنية، بذكر السّورة، ورقم الآية.

١٩- قمتُ بتخريج الأحاديث النّبويّة عند أوّل ورودها في البحث، فإن كان الحديث في الصّحيحَين أو في أحدهما اكتفيتُ به؛ وإن كان في

غيرهما اعتنيتُ ببيان مَنْ خرَّجه من كتب السّنن، مع ذكر أقوال أهل العلم فيه من حيث الصّحّة أوالضّعف.

٢٠- خرّجتُ الآثار من مظانّها عند أوّل ورودها في البحث.

٢١- وثّقْتُ الأقوال والمسائل الفقهية من مظانّها المتخصِّصة المعتبرة.

٢٢- ترجمتُ للأعلام غير المشهورين في صلب البحث.

٢٣- الخاتمة، وذكرت فيها أهم النّتائج التي تَوصّلت إليها من خلال البحث.

٢٤- وضعت ثلاثة فهارس للرسالة، على النّحو التالي:

١- فهرس المصادر والمراجع.

٢- فهرس القواعد الوارد ذكرها في الرّسالة.

٣- فهرس الموضوعات.

شُكْرٌ وتَقْدِيرٌ:

وبعد؛ فهذا ما وفَّقَني الله إليه من إتْمام هذه الرِّسالة، ويَسَّرَ وأعان على استخراج وجمع القواعد والضّوابط الفقهيّة من خلال كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام القاضي أبي الوليد ابن رشد الحفيد عليه رحمة الله، وقد بذلتُ في ذلك من الجهد، والكدّ ما أمكنَني وقدرتُ عليه، معترفاً بقلّة بضاعتِي العلميّة، غير مدَّعٍ للكمال، ولا البُعد عن الخطأ، فما كان التّوفيق حليفي فيه فذلك بتوفيقٍ من الله، وله الحمد والمنّة أوّلاً وأخيراً، وما كان فيه من خطأ وزلّةٍ؛ فهذا من شأن عمل البشر، وحسبِي أنّي قد بذلت جهدِي، والله الغفّار أستغفره وأتوب إليه.

وفي ختام هذه الرِّسالة أتوجّه إلى الله الكريم الرّحمن بجزيل الحمد والشّكر، وعظيم العرفان والتّقدير، له الحمد أوّلاً وأخيراً على ما أنعم به وتفضَّل، له الحمد وحده لا شريك له، اللهم لك الحمد حتّى ترضى، ولك الحمد إذا رضيتَ، ولك الحمد بعد الرِّضَى، اللهم لك الحمد أن جعلتَ لِي من كلّ ضيقٍ مَخرجاً، ومن كلّ هَمٍّ فرجاً، ومن كلّ كربٍ نَفَساً، وأَعْطَيتَنِي من كلّ ما سألتُكَ، ووَفَّقتَنِي لتعليم العلم الشّرعِيّ في مسجد حبيبك ورسولك ﷺ، وفي هذه الجامعة المباركة –حرسها الله–، لك الحمد يا ربي كما ينبغِي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

كما أسأله – تعالى – أفضل الصّلاة وأتَمّ التّسليم على أفضل رسله، وخيرة خلقه، محمّد نَبِيّنا ورسولنا وحبيبنا ﷺ، الذي بَلَّغ رسالةَ ربِّه، وأدَّى الأمانة، ونصح الأمّة، وأخرج الله به البشريّة من ظلمات الكفر والجهل، إلى نور الإيمان والعلم، وترك أُمَّته على مَحجَّة بيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلاّ هالكٌ؛ فجزاه الله عن هذه الأُمّة خير ما يُجزى

نَبِيٌّ عن أمّته، وصلِّ اللهم عليه وعلى آله وصحبه الطّيِّبين الطّاهرين، وتابعيهم بإحسانٍ إلى يوم الدِّين، والحمد لله ربّ العالَمين.

ثم أتوّجه بالشّكر والامتنان إلى وَالِدَيّ الكريمَين على حُسْنِ تربيتهما وتوجيههما لِيَ ولإخوتِي في تلقّي العلوم الشّرعيّة والعربية داخل وخارج البلاد، وصَبْرِهما على طول الفراق احتساباً لِما عند الله، أسأل الله الكريم أن يَحفظَهما، ويرزقهما حسن الخاتمة، وأن يرحمهما كما رَبَّيانِي صغيراً، وأن يجعلنِي وإخوانِي قرَّة أعينهما في الدّنيا والآخرة، وأن يرزقنِي وإيّاهم رضاهما، والشّكر موصولٌ كذلك لابن عَمِّي الذي تربّيتُ في حجره وتحت رعايته وعنايته الكريمتين.

ومن الواجب عليَّ أن أتقدَّم بالشّكر الجزيل والعرفان بالجميل لِشيخِي وأستاذي ومشرفِي فضيلة الأستاذ الدّكتور محمّد بن الشّيخ الإمام الفقيه القاضي عبد الله[1] بن محمّد الزّاحم حفظه الله، الذي ظلّ منذ صدور قرار الإشراف دائمَ التّوجيه والإرشاد، وحَسَنَ المتابعة؛ فأشكره على حسن تعاونه، وأخلاقه الفاضلة الكريمة معِي خلال إعداد هذه الرِّسالة، وعلى جهده الذي بَذَله، ووقتِه الخاصّ الذي آثرَنِي به على نفسه لقراءة هذه الرِّسالة، وتَجَشّمِ العناء، وعلى توجيهه الدّائم والسّديد، ومتابعته الدَّقيقة والمتواصلة؛ حتّى خرجت هذه الرِّسالة على هذا الشّكل بفضل الله سبحانه وتعالى، ثم بفضل جهوده؛ فله منِّي جزيل الشّكر

---

(١) كان الشّيخ عبد الله الزّاحم رحمه الله إماماً وخطيباً بالمسجد النّبويّ الشّريف، وقاضياً بمجمع المحاكم الشّرعيّة بالمدينة النّبويّة، رحمه الله رحمةً واسعةً.

والثّناء، ومن الله حسن الثّواب وعظيم الجزاء، وخير المثوبة، وبارك الله له في عمره ووقته وعمله وأهله، ووفّقني وإيّاه لما فيه رضاه في الدُّنيا والآخر، وسدَّد خطانا؛ إنّه كريمٌ سَميعٌ مُجيبٌ.

كما لا أنسى شكر المشرف السّابق فضيلة الدّكتور عبد السّلام بن سالم السّحيميّ الذي حصل على إجازة التّفرّغ العلميّ وطلب الإعفاء من الإشراف على الرِّسالة، وأنا لم أزل في بداية البحث.

كما يجب علَيّ أن أتقدّم بالشّكر والتّقدير للقائمين من الإداريِّين والأساتذة على الجامعة الإسلامية –حرسها الله،وأبقاها ذخراً للإسلام والمسلمين–، التي قضيتُ في رحابها الآمن، وفي جوّها العلمي عِقْدَين من الزّمن، طالباً مستفيداً، بدءاً من المعهد الثّانوي، وكلّيّة الشّريعة وجميع منسوبيها، وبخاصّةً الذين باشروا تربيتي وتعليمي خلال مراحل الدّراسة.

وأشكر عمادة شؤون المكتبات بالجامعة، كما أمدّ لسان شكري وتقديري إلى القائمين على مكتبة المسجدالنّبويّ الشّريف؛ فقد أتاحوا لِيَ الفرصة وأحسنوا المعاملة والخدمة.

وأقول بكلّ اعتزازٍ لولاة أمور هذه الدّولة دولة التّوحيد، المملكة العربية السّعودية، مملكة الإنسانية، التي نلتُ الحظَّ الأوفرَ من إنسانيّتها وخيراتها وبركاتها، أقول مقولةَ المُنْعَمِ عليه المُعْتَرِف: جزاكم الله عنِّي، وعن أسرتي، وعن أبناء المسلمين خير الجزاء، وأبقاكم الله ذخراً للإسلام والمسلمين، وغيظاً مغيظاً للكفّار والمغرضين، وأدام الله علينا أمن هذه الدّولة ورخاءها واستقرارها، وخيراتها وبركاتها، أشكركم شكراً أرجو به من الله أن يُخَفِّفَ عنِّي سؤال النِّعمة.

وأتوجّه بجزيل الشّكر وكامل التّقدير وخالص الدُّعاء لأهلي التي

حَسُنَت عِشْرَتُهَا، وعظم صَبْرُها، وتَحمّلت كثيراً، زادها الله وأولادهـا بركةً وتوفيقاً، وإلى كلّ مَن قَدَّمَ لِي عونَهُ، ونصحَهُ، وتشجيعَهُ بأيّ شكلٍ كان، فجزاهم الله خير الجزاء.

والله أسأل أن يجعل عملِي خالصاً لوجهه الكريم، وابتغاء مرضاته، وأن يجعله من الباقيات الصّالحات؛ إنّه جوادٌ كريمٌ.

وأسأله سبحانه وتعالى كما عَوَّدَنِي لطفه وإحسانه الجزيـل فيمـا مضَى، أن يديم ذلك عليّ فيما بقي وأستقبلُ، وأن يعينَنِي على نشر العلم والقيام بِحقّه وعهده، ويَجعل بينِي وبين القواطع سدّاً مسدوداً.

اللهمّ إنِّي أسألك حسن العاقبة في الدّنيا والآخرة، اللهمّ اغفر لِـي ولوالِدَيّ، وتَوَفَّنِي مسلماً وأَلْحِقْنِي بالصّالحين.

كما أسأله —سبحانه— أن يتغمّد الإمام ابن رشد الحفيـد بواسـع مغفرته ورحمته، وأن يرفع درجتِي ودرجتَه في العلّيّين.

وصلَّى الله وبارك وأنعم على نَبِيّنا محمّد، وعلى آله، وأصحابه، ومَنْ والاهم بإحسانٍ إلى يوم الدِّين.

التّمهيد: التّعريف بالقواعد والضّوابط الفقهيّة، والفرق بينهما، وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأوّل: تعريف القاعدة الفقهيّة لغةً واصطلاحاً.

المبحث الثّاني: تعريف الضّابط الفقهيّ لغةً واصطلاحاً.

المبحث الثّالث: الفرق بين القاعدة الفقهيّة وبين الضّابط الفقهيّ.

المبحث الرّابع: الفرق بين القاعدة الفقهيّة وبين القاعدة الأصوليّة.

المبحث الخامس: تاريخ القواعد الفقهيّة: مصادرها، استمدادها، وصياغتها.

المبحث السّادس: حجّيّة القواعد الفقهيّة.

المبحث السّابع: أهمّية القواعد الفقهيّة وشرفها.



مدخلٌ:

هذا التّمهيد معقودٌ لبيان جُملةٍ من المبادئ والمصطلحات التِي يكثر دورانُها في علم القواعد الفقهيّة، وقد تشتبه وتتشابه، وتشتركُ وتتداخل، أوردهَا لِما لها من تَعلُّقٍ مباشـرٍ بهـذا البحـث: **(القواعد والضّوابط الفقهيّة من خلال كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد)**، وما رأيته من شأن الموضوع.

وقد استفدتُ كثيراً من الدّراسات السّابقة[1] ذات العلاقة، المستقلّة

---

(١) ومن كتب المعاصرين على سبيل المثال:
١- شرح القواعد الفقهيّة، تأليف: الشّيخ أحمد بن الشّيخ محمّد الزّرقا، أذكـره بـ (شرح القواعد للزّرقا).
٢- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلّيّة، تأليف: محمّد البرونو، أذكره بـ (الوجيز).
٣- مقدّمة محقّق القواعد للمقرّي، تحقيق: د/ أحمد بن حميد، أذكره بـ: (مقدّمة محقّق قواعد المقرّي).
٤- قواعد الفقه الإسلامي، من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهّاب، تأليف: د/ محمّد الرّوكي، وأذكره بـ: (قواعد الفقه الإسلامي).
٥- تطبيقات قواعد الفقه عند المالكيّة، من خلال كتابَي: إيضاح المسالك للونشريسيّ، وشرح المنهج المنتخب للمنجور، إعداد: أ.د. الصّادق الغريـاني، أذكـره بـ: (تطبيقات المالكية).
٦- القواعد والضّوابط الفقهيّة القرّافيّة، زُمرةُ التّمليكات الماليّة، تأليف: د. عادل قوته، أذكره بـ: (القواعد القرّافية).
٧- القواعد الفقهيّة المستخرجة من كتاب إعلام الموقّعين، لابن قيم الجوزيّة، إعداد: أبي عبدِ الرّحمن الجزائريّ، أذكره بـ: (القواعد الفقهيّة عند ابن القيّم).
٨- القواعد الفقهيّة، من خلال كتاب المغني لابن قدامة، تـأليف: د. عبـد الواحـد الإدريسيّ، أذكره بـ: (القواعد الفقهيّة في المغنِي).
=

منها أو التّابعة، وعزوتُ لها، شاكراً لأصحابها، ومثنياً عليهم، وجمعتُ معلوماتٍ متفرّقةً فيها، وما بدا لِي مِن وجهة نظرٍ أظهرتُه. وذلك في المباحثَ التاليةِ.

=

٩- جمهرة القواعد الفقهيّة في المعاملات الماليّة، تأليف: د.عليّ أحمد النّدويّ، أذكره بـ:(جمهرة القواعد).

١٠- القواعد الفقهيّة عند الحنابلة، إعداد: الوليد بن عبد الرّحمن بن محمّد آل فريّان، أذكره بـ: (القواعد الفقهيّة عند الحنابلة).

١١- بالإضافة إلى كتب المتقدّمين، تَمّ ذكرها في أماكنها.

المبحث الأوّل: تعريف القاعدة الفقهيّة لغةً واصطلاحاً

أوّلاً: التّعريف اللّغويّ:

يُستَعْمَلُ لفظ (قاعدة) في اللّغة العربية استعمالاتٍ متعدِّدةً، لكنّها كلّها تَحوم حول معنًى واحدٍ هو: الأصل والأساس؛ فالقاعدة أصل الأسّ، والقواعد:الأساس وأصول البناء، وقواعد البيت: أساسه وأصول بنائه وفي التّنْزيل: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَـٰعِيلُ﴾[١]، وفيه: ﴿فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَـٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ﴾[٢]، والقاعدة: أساطين البناء التي تعمده، وإذا اختلّت سقط البناء[٣].

ومنه: قواعد الهَوْدَجِ[٤]، وهي خشبات أربع معترضة في أسفله،تركب عيدان الهودج فيها[٥].

ومنه: قواعد السّحاب، أصولها المعترضة في آفاق السّماء، شُبِّهَت بقواعد البناء[٦].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٢٧.

(٢) سورة النّحل، الآية: ٢٦.

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (قعد) ٣٦٢/٣، وانظر أيضاً: المفردات ص ٤١٠، وتفسير القرطبي ١٢٠/٢، و٩٠/١٠، وتفسير السّعدي ص ٦٦، و٤٣٨.

(٤) الهَوْدَجُ من مراكب النساء مُقَبَّبٌ وغير مُقَبَّب، ثم يجعل فوقه الخشب فَيُقَبَّبُ، يوضع على ظهر الجمل لتركب فيها النِّساء، ويجمعُ على: هَوَادِجَ. انظر: لسان العرب ٣٨٩/٢، والمعجم الوسيط ص ٩٧٦.

(٥) انظر: لسان العرب مادّة (قعد) ٣٦٢/٣.

(٦) انظر: لسان العرب مادّة (قعد) ٣٦٢/٣.

وهكذا؛ فالمعنَى العامّ الذي تدور حولـه الاستعمالات اللّغوية لكلمة(قاعدة)هو الأصل والأساس، سواء كان ذلك في الحسّيّات، كما تقدّم، أم في المعنويّات؛ كقواعد الإسلام، وقواعد العلم وغير ذلك، بناءً على هذا؛ فإنّ قواعد الفقه لا تَخرج عن إطار هذا المعنَى العامّ؛ فهي أصوله وأسسه التِي تنبنِي عليها فروعُهُ، وجُزئِيّاتُهُ المتعدِّدَةُ التِي لا تتناهَى(١).

ثانياً: التّعريف الاصطلاحي:

جرت العادة عند بعض الباحثين على عرض التّعاريف الواردة عن العلماء للقاعدة الفقهية في معناها الاصطلاحي، ثم يعقّبونها بالنّقد؛ فيصفون بعضها بأنّه تعريفٌ غير جامعٍ ولا مانعٍ، ويصفون البعض الآخر بأنّه تعريفٌ قاصرٌ، ويصفون آخر بأنّه تعريفٌ شاملٌ خالٍ من تلك الاعتراضات والتّعقيبات(٢).

والسّبب الذي حملهم على مثل تلك الاعتراضات في نظري، هو أنّهم ناقشوا تعريفات العلماء للقاعدة دون أن يفرّقوا بين مَنْ قَصَدَ منهم تعريفاً عامّاً للقاعدةِ، و مَنْ قَصَدَ منهم أن يعرِّفها في حدود كونها قاعدةً

---

(١) انظر: الفروق ١/٢-٣.

(٢) انظر: مقدِّمة محقّق قواعد المقرّي ١/١٠٤-١٠٨، القواعد القرّافية ١/٢٥٠-٢٥٤، والفروق الجليّة بين القواعد الأصوليّة والفقهية ص ١١-٢٠، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٣، وقواعد الفقه الإسلامي ص ١٠٧، والوجيز ص ١٤، والقواعد والضّوابط الفقهيّة المتضمّنة للتّيسير ١/٣٣، والقواعد الفقهيّة في المغني ص ٣٧، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٦٢.

فقهيَّةً، وبعبارةٍ أوضحَ: لم يفرّقوا بين مَنْ عَرَّف القاعدة بوجهٍ عامٍّ، ومَنْ عرَّف القاعدةَ الفقهيّةَ، مِمّا يُعنِي: أنّ تعريف القاعدة ينبنِي على محورين: **الأوّل**: تعريفها تعريفاً عامّاً منطقيّاً مُجرّداً، والمحور **الثّانِي**: تعريف الفقهاء الخاصّ للقاعدة الفقهيّة.

المحور الأوّل: تعريف القاعدة في الاصطلاح العامّ فقهيّةً كانت أو غير فقهيّةٍ هي:

الأمرُ الكلِّيُّ المنطَبِقُ على جَميع جزئيّاته[1].

قَضِيَّةٌ كُلِّيَّةٌ مُنطَبِقَةٌ على جَميع جزئيّاها[2].

فهذان التّعريفان وغيرهما، يُفْهَم مِن مفادها؛ أنّ المعنَى العامّ للقاعدة هو اندراج مجموعةٍ من الجزئيّات المتجانسة أو المتشابهة في حكمٍ مّا، في أصلٍ وأساسٍ واحدٍ يَجمعها، يُطْلَقُ عليه اسمُ الكلِّيّ أو الكلّيّة، وكونه ينطبق على جميع الجزئيّات إنّما هو من باب التّغليب، وإلاّ فقد شذّ عنه بعض الجزئيّات فتكون من قبيل المستثنيات[3].

لذلك حاول بعض أهل العلم التّخلّص من ذلك؛ فاستغنَى عن لفظ (جميع) وجعل العبارة تفيد عدم الانطباق الكلّيّ التّام؛ فجاء تعريفالقاعدة عندهم بأنّها:

---

(١) هذا تعريف الفيومِي في المصباح المنير ص ١٩٥.

(٢) هذا تعريف الجرجانِي في التّعريفات ص ١٧١.

(٣) انظر: الفروق الجليّة ص ١٣، و١٥، وقواعد الفقه الإسلامي ص ١٠٨.

الأمر الكلِّيُّ الذي ينطبق عليه جزئيّاتٌ كثيرةٌ، يفهم أحكامُها منها[١].

وعُرِّفت بأنّها: **حكمٌ أغلَبِيٌّ، ينطبق على معظم جزئيّاته لِتُعْرَفَ أحكامها منه**[٢].

وفي معجم لغة الفقهاء: **قَضِيَّةٌ كلّيَّةٌ مُنْطَبِقَةٌ على جَميع جزئيّاتها**[٣].

المحور الثّانِي: تعريف الفقهاء الخاصّ للقاعدة الفقهيّة:

جاء عن الإمام القرافي في مقدّمة الفروق؛ حيث قال: «فإنّ الشّريعة المعَظَّمَة المحمَّديّة -زاد الله تعالى منارَهَا شرفاً وعلوّاً- اشتملت على أصولٍ وفروعٍ، وأصولها قسمان:

أحدهما: المُسَمَّى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلاّ قواعد الأحكام النّاشئة عن الألفاظ العربية خاصّةً، وما يعرض لِتلك الألفاظ...،

والقسم الثّاني: قواعدُ كلِّيَّةٌ فقهيّةٌ جليلةٌ كثيرةُ العدد، عظيمةُ المدد، مشتملةٌ على أسرار الشّرع وحِكَمِه، لكلّ قاعدةٍ من الفروع في الشّريعة ما لا يُحْصَى، ولم يُذْكَر منها شيءٌ في أصول الفقه، وإن اتّفقت الإشارةُ إليه هنالك على سبيل الإجمال؛ فبقي تفصيله لم يتحصّل، وهذه القواعد مُهِمَّةٌ في الفقه، عظيمةُ النّفع»[٤].

---

(١) وهذا تعريف تاج الدِّين السُّبْكِي في أشباهه ١/١١.

(٢) نسبه د/ الرّوكي للحموي في قواعد الفقه الإسلامي ص ١٠٨.

(٣) معجم لغة الفقهاء لـ أ.د محمّد رواس قلعة جي ص ٣٢٢.

(٤) الفروق للقرافي ١/٢-٣.

ويلحظ أنّه لَم يقصد بكلامه وضع تعريفٍ محدَّدٍ للقاعدة الفقهيـــة، ولكن يُمكن من خلال ذلك استخراج تعريفٍ للقاعدة الفقهية؛ فهـــو في البداية يشير إلى أمورٍ هي:

أوّلاً: أنّ القاعدة الفقهيّة تُعْتَبَرُ الأصل الثّانِي بعد أصول الفقه للشّريعة.

ثانياً: أنّ القاعدة الفقهيّة الواحدة تضمّ مِن الفروع في الشّريعة ما لا يُحصَى.

ثالثاً: أكّد أنّ تَخريج الفروع الفقهيّة لا يكون إلاّ علـــى أســـاس أصولها وقواعدها الكلّيّة؛ لاندراجها فيها، وإلاّ اضطربت وتناقضت هذه الفروع والجزئيّات على الفقيه، وصعب عليه حصرها وحفظهـــا، وبـــيّن بهذا؛ العلاقة بين الأصلين، وأهمّيّة القواعد الفقهيّة.

وقد استخلص صاحب[1] قواعد الفقه الإسلامِي من خلال كلامه تعريفاً للقاعدة الفقهيّة بقوله: (**الأصل الفقهيّ أو الكلّيّة الفقهيّة التِـــي تندرج فيها، وتخرّج عليها فروعٌ وجزئيّاتٌ فقهيّةٌ كثيرةٌ من جنس تلك الكلّيّة أو ذلك الأصل**).

وعرّفها المقرّي بقوله: (**كلُّ كُلِّيٍّ هو أَخَصُّ من الأصول، وسائر المعانِي العقليّة العامّة، وأعمّ من العقود، وجملة الضّوابط الفقهيّة الخاصّة**)[2].

وتَحاشى بعضهم قوله: (وأعمّ من العقود)؛ فهذّبه بقوله: (**قَضـــيَّةٌ**

---

(١) الدّكتور محمّد الرّوكِي ص ١٠٩، وانظر: مقدّمة محقّق قواعد المقـــرّي ١/١٠٧، والقواعد الفقهيّة المتضمّنة للتّيسير ١/٣٩.

(٢) قواعد المقرِّي ١/٢١٢، وهو الذي خَلُصَ إليه د/ محمّد الرّوكِي في كتابه قواعـــد الفقه الإسلامي ص ١٠٨، وانظر: الفروق الجليّة ص ٩٩.

كلّيّةٌ فقهيّةٌ، مُنطبقةٌ على فروعٍ في أكثر من باب)[١].

وهذه التّعاريف الثّلاثة مُتقاربةٌ، ومِنها تَتّضح وضوحاً جليّاً معالم القاعدة الفقهيّة؛ فهي من حيث المعنَى: مَجموعةُ فروعٍ وجزئيّاتٍ تَتحكم إلى أصلٍ واحدٍ، وتنضبط بأساسٍ واحدٍ، يشملها جميعاً أو يشمل أغلبها، والقاعدة الفقهيّة كغيرها من القواعد الأُخرى أغلبيّةٌ؛ لشذوذ بعض الجزئيّات واستثنائها منها؛ لذا قال في تهذيب الفروق: «معلومٌ أنّ أكثر قواعد الفقه أغلبيّةٌ»[٢].

وهي من حيث الرّتبةُ والمَنْزِلةُ: القسم الثّانِي لأصول الشّريعة، بعد أصول الفقه من جهةٍ، وهي تأتِي بعد مرتبة الأصول وقواعد الشّرع العامّة من جهةٍ ثانيةٍ.

وهي من حيث المبنَى والصِّياغةُ تُصَاغُ في أوجز العبارات، ويُختَارُ لها أقلّ الكلمات وأجمعها[٣].

فلمّا كان التّعريف الأخير وهو: (**قَضيَّةٌ كلّيّةٌ فقهيّةٌ، مُنطبقةٌ على فروعٍ في أكثر من بابٍ**)، أخصر وأقرب إلى صفة صياغة القاعدة؛ وقع اختياري عليه.

شرح التّعريف المختار:

(**فقضيَّةٌ**)؛ فعيلةٌ بِمعنَى: مفعولةٍ، سُمِّيت بذلك لاشتمالها على

---

(١) وهو أحد التّعريفين اختاره الدّكتور عادل قوته في القواعد القرّافية ١/٢٥٢.

(٢) تهذيب الفروق للشّيخ محمّد بن حسين ١/٣٦، وانظر: مقدِّمة محقّق قواعد المقرّي ١/١٠٥.

(٣) انظر: الفروق ١/٢-٣، ومقدّمة محقّق قواعد المقرّي ١/١١٩، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٤، وقواعد الفقه الإسلامي ص ١٠٩-١١٠.

الحكم الذي يُسَمَّى قضاءً[١].

(**كلّيٌّ أو كلّيَّةٌ**)[٢]، هو الحكم العامّ الذي ينطبق على مجموعةٍ من الأفراد المتجانسة المندرجة فيه، والمتأصِّلة به.

(**فقْهِيَّةٌ**)، نسبةً إلى الفقه، ومن تعريفاته المشهورة: (العلم بالأحكام الشّرعية العمليّة، المكتسبة من أدلّتها التّفصيليّة)[٣].

(**مُنطبقةٌ**)، من الانطباق، وهو كون الكلّيّ ينطبق على جزئيّاتٍ، أي: يشتمل عليها، أو حمل المفهوم الكلّيّ على الأفراد، وهذه الأفراد هي موضوع القاعدة المعبَّر عنها بالجزئيّات، والجزئيّ هو الذي يَمنع تصوّره من الشّركة فيه[٤].

(**على فروع**)، قيدٌ بيانيٌّ، يبيّن به مَجالَ القاعدة الفقهيّة، ومَحلّ الانطباق، والفروع هنا مساويةٌ للجزئيّات في بعضالتّعريفات[٥].

(**في أكثر من بابٍ**)، قيدٌ احترازيٌّ، يَخرج به الضّابط الفقهيّ؛ لأنّه

---

(١) انظر: القواعد القرّافيّة ٢٥٢/١، وقواعد الفقه الإسلامي ص ١٠٩.

(٢) الكلّيُّ والكلّيَّةُ، سُمِّيَ بذلك نسبةً إلى لفظة (كلّ)؛ لأنّ القاعدة غالباً ما تتصدّر بهذه اللّفظة؛ كقولهم: «كلّ سلف جرَّ نفعاً فهو رِبا»، وحتّى إذا لم تَتصدّر القاعدة بلفظة (كل)؛ فإنّ معناها يتضمّنها، والكلّ اسم مجموع المعنَى ولفظه واحدٌ.
انظر: المصباح المنير ص ٢٠٥، والتّعريفات ص ١٨٦، وتنقيح الفصول ٥٨/١، والقواعد القرّافيّة ٢٥٢/١، و٢٦٨، والفروق الجليّة ص ١٣، و١٥، و٩٩، وقواعد المغني ص ٣٨.

(٣) انظر: إحكام الفصول للباجي ١٧٥/١، وشرح تنقيح الفصول ص ٢١، والقواعد القرّافيّة ٢٥٢/١.

(٤) انظر: تنقيح الفصول ٥٨/١، والقواعد القرّافيّة ٢٥٣/١.

(٥) انظر: القواعد القرّافيّة ٢٥٣/١.

يشمل فروعاً مِن بابٍ واحدٍ[1]، ويأتِي حدّ (الضّابط) إن شاء الله في محلّه.

اطّراد القواعد الفقهيّة:

ممّا تقدّم تبيّن أنّ القواعد الفقهيّة تتّفق وقواعد العلوم الأخرى في أنّ كلاًّ منها قد تتخلّف بعض أفرادها لأمرٍ خارجِيٍّ، وهذا شأن الكلّيّات، كما هو شأن ألفاظ العموم، لذا؛ فإنّ هذا الاستثناء وعدم الاطّراد الذي صيّرها أغلبيّةً لا ينقص كلّيّة تلك القواعد، ولا يقدح في عمومها؛ لِما يلي[2]:

١- أنّ مقصد الشّارع ضبط الخلق بالقواعد العامّة، وكانت القواعد التِي قد جرت بها سنّة الله أكثريّةً لا عامّة، والشّريعة موضوعةٌ على مقتضى ذلك الوضع؛ لذا كان من الأمر الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العاديّ لا على العموم الكلّيّ العامّ الذي لا يختلف عنه جزئيٌّ ما؛ لذلك قرّر صاحب الموافقات: أنّ الأمر الكلّيّ إذا ثبت كلّيّاً فَتخلُّف بعض الجزئيّات عن مقتضى الكلّيّ لا يُخرِجُهُ عن كونه كلّيّاً؛ لأنّ الغالب الأكثريّ معتبرٌ في الشّريعة اعتبارَ العامّ القطعيّ.

٢- أنّ المتخلّفات الجزئيّة لا ينتظم منها كلّيٌّ يعارض هذا الكلّيّ الثّابت، وهذا شأن الكلّيّات الاستقرائيّة، وإنّما يتصوّر أن يكون تَخلُّف بعض الجزئيّات قادحاً في الكلّيّات العقليّة؛ كما يقال: «ما ثبت للشّيء ثبت لِمثله

---

(١) انظر: القواعد القرّافيّة ١/٢٥٤.

(٢) انظر: الموافقات للشّاطبِي ٢/٤٠-٤١، و٣/١٩٤، والوجيز ص ١٦-١٨، والقواعد القرّافية ١/٢٣١، والقواعد الفقهيّة عند الحنابلة ص ١٥٣-١٦٢.

عقلاً»؛ فهذا لا يمكن فيه التّخلُّف البتة؛ فإذا كان ذلك كذلك؛ فالكلّيّة في الاستقرائيّات صحيحةٌ، وإن تخلّف عن مقتضاها بعض الجزئيّات.

٣- وأنّ الجزئيّات المتخلّفة قد يكون تَخلُّفها لِحكَمٍ خارجة عن مقتضى الكلّيّ؛ فلا تكون داخلةً تَحته أصلاً، وبالتّالي لا تكونُ من جزئيّات ذلك الكلّيّ؛ فلا يصحّ الاعتراض بِتَخلُّفِها؛ لأنّها إن ثبت عدم دخولها في الكلّيّة؛ فإنّه ضرورةً يثبت دخولها في قاعدة أخرى كلّيّة[1]، ثم أكّد كلامه -رحمه الله تعالى- بقوله: «فعلى كلٍّ تقديرٍ، لا اعتبار بِمعارضة الجزئيّات في صحّة وضع الكلّيّات للمصالح»[2]، وقد قال قبله: «فكلّ هذا غير قادحٍ في أصل المشروعيّة؛ لأنّ الأمر الكلّيّ إذا ثبت كُلّيّاً فتَخَلُّفُ بعض الجزئيّات عن مقتضى الكلّيّ لا يُخرجهُ عن كونه كُلّيّاً»[3]، وقال في موضعٍ آخر: إذا ثبتت قاعدةٌ عامّةٌ أو مطلقةٌ، فلا تؤثِّر فيها معارضةُ قضايا الأعيان ولا حكاياتُ الأحوال، والدّليل على ذلك أمورٌ:

٤- أنّ القاعدة مقطوعٌ بها بالفرض، وقضايا الأعيان مظنونٌ أو متوهّمةٌ، والمظنون لا يقف للقطعيّ ولا يعارضه.

٥- أنّ القاعدة غير مُحتملة؛ لاستنادها إلى الأدلّة القطعية، وقضايا الأعيان مُحتملةٌ؛ لإمكان أنّ تكون على غير ظاهرها، أو على

---

(١) انظر: الموافقات للشّاطبي ٢/٤١.

(٢) الموافقات للإمام الشّاطبي ٢/٤١، وانظر: ٣/٢٧٤-٢٧٥.

(٣) الموافقات ٢/٤١.

ظاهرها، وهي مقتطعةٌ ومستثناةٌ من ذلك الأصل، فلا يمكن والحالة هذه إبْطَالُ كلّيّة القاعدة بما هذا شأنه.

٦- أنَّ قضايا الأعيان جزئيّةٌ، والقواعد المطّردة كلّيّاتٌ، ولا تنهض الجزئيّات أن تنقض الكلّيّات، ولذلك تبقى أحكام الكلّيّات جاريةً في الجزئيّات وإن لم يظهر فيها معنَى الكلّيّات على الخصوص.

٧- أنّها لو عارضتها؛فإمّا أن يُعمَلا معاً، أو يُهمَلا، أو يُعمَل بأحدهما دون الآخر في محلّ المعارضة، فإعمالهما معاً باطلٌ، وكذلك إهمالهما معاً؛ لأنّه إعمالٌ للمعارضة فيما بين الظّنّيّ والقطعيّ، وإعمال الجزئيّ دون الكلّيّ ترجيحٌ له على الكلّيّ، وهو خلاف القاعدة، فلم يبقَ إلاّ الوجه الرّابع، وهو إعمال الكلّيّ دون الجزئيّ، وهو المطلوب.

٨- أنّه كما لا يؤثّر تَخصيص العام في المخصَّص؛ فكذلك لا يؤثّر الاستثناء في كلّيّة القاعدة[1].

٩- أنّ إهمال الجزئيّ في كلّيّة ما، قد يكون من جهة المحافظة على الجزئيّ في كلّيّةٍ من جهةٍ أخرى؛ فمثلاً: حفظ النّفوس مشروعٌ -وهذا كُلِّيٌّ مقطوعٌ بقصد الشّارع إليه-، ثُم شُرِعَ القصاصُ حِفظاً للنّفوس، فقَتْلُ النّفس في القصاص مُحافظةٌ عليها بالقصد، ويلزم من ذلك تَخلُّفُ جزئيٌّ من جزئيّاتِ الكلّيّ المحافظ عليه، وهو إتلافُ هذه النّفوس؛ لعارضٍ عَرَضَ وهو الجناية على النّفس؛ فإهمال هذا الجزئيّ

---

(١) انظر: الموافقات للشّاطبي ٣/١٩٤-١٩٦.

النّفوس؛ لعارضٍ عَرَضَ وهو الجناية على النّفس؛ فإهمال هذا الجزئيّ في كلّيّةٍ من جهة المحافظة على جزئيٍّ في كلّيّةٍ -أيضاً- وهو النّفس المجنيّ عليها؛ فصار اعتبار الجزئيّ في كلّيّةٍ هو إهمال الجزئيّ عينُهُ[1].

وخروج جزئيٍّ عن مقتضى القاعدة الكلّيّة قد يكون بأحد أمورٍ ثلاثة[2]:

١- النّصّ أو الإجماع، واستثناء به لا ينقض العلّة القياسيّة، ولا يخصّصها فضلاً من أن ينقض كلّيّة القاعدة واطّرادها، مثال ذلك: خروج إيجاب صاعٍ من تَمرٍ في المصرّاة عن قاعدة: وجوب المثل في ضمان المتلفات.

٢- الضّرورة، وهي الحالة التي تطرأ على الإنسان؛ بحيث لو لم تُراعَ لتيقّن،أو خاف أن تضيع مَصالحُهُ الضّروريّةُ، أو بعضها، مثال ذلك: خروج بيع المَغَيَّب في الأرض؛ كالجزر ونحوه عن قاعدة المنع من بيع ما لَم يُرَ؛ لِمسيس حاجّة النّاس إلى بيعه.

٣- التّرجيح عند اختلاف المناطات[3]، وتعارضها، وذلك من ثلاثة أوجه:
الأوّل: بتعارض مَصلحةٍ مع مفسدة، مثال ذلك: خروج جواز إجارة الأرض والشّجر عن قاعدة: النّهي عن بيع السّنين[4]؛ فَرُجِّح جانب

(١) انظر: الموافقات للشّاطبي ٤٩/٢، وانظر: المسألة (١٣) منها ٤٧/٢، و١٣/٢.
(٢) انظر:الموافقات١٠/٢-١٣،و٤٧-٤٩،و١٩٤/٣-٢٠٠،وقواعدالأحكام١٤٣/٢-١٤٤،و١٥٢-١٥٣،وشرح مختصر الرّوضة٢٣٣/٣، و٣٢٧-٣٣١،والقواعد الفقهيّة عند الحنابلةص ١٥٣-١٦٢.
(٣) المناطات؛ جمع مناط، وهو ما نِيطَ به الحكمُ، أي: عُلّق به، وهو العلّة التِي رُتِّبَ عليها الحكمُ في الأصل. انظر: شرح مختصر الرّوضة ٢٣٣/٣.
(٤) بَيعُ السِّنين هو بيع المعاومة، والثّنيا، وبيع الثّمارِ قبل أَنْ تُخلَقَ، وصورته: أن يبيع =

مصلحة على مفسدة.

الوجه الثّاني: تعارض مفسدةٍ مع مفسدةٍ، مثال ذلك: خروج تعريض النّفس للإهلاك إذا أكره على قتل غيره بغير حقٍّ عن قاعدة: المنع عن التّصرّف في النّفس بما يتلفها؛ لأنّه لا يَملكها؛ فيدرأ مفسدة قتل نفس الغير بالصّبر على قتله؛ لأنّ صبره على القتل أقلّ مفسدةً من إقدامه على قتل غيره[1].

الوجه الثّالث: تعارض مصلحةٍ مع مصلحةٍ أخرى، مثال ذلك: خروج قتل تارك الصّلاة عمداً عن قاعدة وجوب حفظ النّفس؛ لِرجحان مصلحة حفظ الدِّين على مصلحة حفظ النّفس هنا[2].

تنبيهات[3]:

=

الرَّجُلَ ما تَثمره النّخلةُ أو النّخلاتُ بأعيانها سنين ثلاثاً أو أربعاً أو أكثر منها، وهذا غدرٌ؛ لأنّه يبيع شيئاً غير موجود، ولا مَخلوق حال العقد، ولا يدري هل يكون ذلك أم لا، وهل يَتِمُّ النّخل أم لا؟ وهذا في بيوع الأعيان باطلٌ بالإجماع.

وأمّا في بيوع الصّفات؛ فهو جائزٌ، مثل: أن يسلف في الشّيء إلاّ ثلاث سنين أو أربع أو أكثر ما دامت المدّةُ معلومةً إذا كان الشّيءُ المُسلَفُ فيه غالباً وجودُهُ عند وقت محلّ السّلف.

انظر: معالم السّنن ٦٧٠/٣، وشرح مسلم ٤٣٤/١٠، ونيل الأوطار ٢٨٠/٥، وبداية المجتهد ٢٩١/٣، وقواعد الأحكام ١٤٣/٢-١٤٤، والمحلّى ٣٤٩/٧.

(١) انظر: قواعد الأحكام ٩٣/١.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ٩٢/١.

(٣) انظر: الموافقات ١٠/٢-١٩، و٤١، و٤٧-٤٩، و١٩٤/٣-٢٠٠، وقواعد الأحكام ١٦٢/٢، وشرح مختصر الرّوضة ٣٢٧/٣-٣٣١، والقواعد الفقهيّة عند الحنابلة ص ١٦١-١٦٢.

الأوّل: تَخلّف آحاد الجزئيّات عن مقتضى الكلّيّ إن كان بغير عارضٍ فلا يصحّ شرعاً.

الثّاني: لا يلزم الاحتراز عن الجزئيّ الخارج من القاعدة بأحد الأسباب الثّلاثة السّابقة؛ لأنّه إنّما يجب الاحتراز عمّا لو لم يُحْتَرَزْ عنه لورد نقضاً.

الثّالث: ربّما اجتمعت الأسباب الماضية أو بعضها في أمرٍ واحدٍ.

الرّابع: يطلق الأحناف على هذا العدول عن مقتضى القاعدة؛ الاستحسان، وهو اصطلاحٌ اشتهر به الأحناف، وتوسّعوا فيه، ولا مشاحة في الاصطلاح.

فإذا تقرّر ما تقدّم؛ أنّ التّخلّف واقعٌ بين كلّيّاتٍ وجزئيّاتها في جميع قواعد العلوم؛ فإنّه بكلّ حالٍ لا يسلب الكلّيّ كلّيّتَه، ولا يفقده هذه الصّفة؛ لأنّ الكلّيّات لا يمكن أن يقدح فيها تَخلّفُ آحاد الجزئيّات؛ فالكلّيّ صحيحٌ في نفسه، والجزئيّ محكومٌ عليه بالكلّيّ، لكن بالنّسبة إلى ذات الكلّيّ والجزئيّ،لا بالنّسبة إلى أمرٍ خارجٍ،والله سبحانه وتعالى أعلم.

جاء في قواعد الأحكام: «**قاعدةٌ**:من المستثنيات من القواعد الشّرعية؛ اعلم أنّ الله شَرَعَ لِعباده السَّعيَ في تَحصيل مصالِحَ عاجلَةٍ وآجلَة، تَجمع كلّ قاعدة منها علّةٌ واحدةٌ، ثم استثنَى منها ما في ملابسته مشقّةٌ شديدةٌ، أو مفسدةٌ تربى على تلك المصالح، وكذلك شَرَعَ لهم السّعيَ في دَرْء مفاسدَ في الدّارين، أو في أحدهما تجمع كلَّ قاعدةٍ منها علّةٌ واحدةٌ، ثم استثنَى منها ما في اجتنابه مشقّةٌ شديدةٌ، أو مصلحةٌ تربى على تلك المفاسد، وكلّ ذلك رحمةٌ بعباده، ونظرٌ لهم ورفقٌ، ويعبّر عن ذلك

كلّه بِما خالف القياس، وذلك جارٍ في العبادات والمعاوضات وسائر التّصدقات»[١].

قال د/ يعقوب الباحسين: إنّه ثبت بالاستقراء والتّتبّع أنّ أكثر ما يورده بعض العلماء تَحت مستثنيات القاعدة لا ينطبق عليه شرطها أصلاً؛ فلا يكون من جزئيّاتها[٢].

---

(١) قواعد الأحكام للعزّ ابن عبد السّلام ٢/١٦١-١٦٢.

(٢) انظر: القواعد الفقهية للباحسين ص ٤٧..

المبحث الثّاني: تعريف الضّابط الفقهيّ لغةً واصطلاحاً

أوّلاً: التّعريف اللّغويّ:

الضّابط لغةً اسمُ فاعلٍ من ضَبَطَ الشّيءَ ضَبْطاً، إذا حفظه بِحزمٍ، وهو الحفظ البليغ الأكيد بالحزم، ومنه قيل: ضبطت البلاد وغيرها: إذا قمت بأمرها قياماً ليس فيه نقصٌ، ورجلٌ ضابِطٌ، أي: حازِمٌ؛ فمادّته اللّغويّة تفيد: الحصر، والحبس، واللّزوم[(١)].

ثانياً: التّعريف الفقهيّ:

للفقهاء في حدّ الضّابط الفقهيّ وبيان مفهومه اتّجاهان اثنان:

الاتّجاه الأوّل: مَن يرى أنّ الضّابط الفقهيّ مرادفٌ للقاعدة الفقهيّة دون فرق بينهما، فمعناه معناها، وبه قال بعض المتقدِّمين وبعض المعاصرين[(٢)]، فتعريفه على هذا الاتّجاه هو تعريف القاعدة الفقهيّة تماماً.

الاتّجاه الثّاني: التّفريق بين الضّابط الفقهيّ والقاعدة الفقهيّة، وعليه درج جمهور فقهاء الأمصار من علماء هذا الفنّ[(٣)]، فتعريفه على هذا

---

(١) انظر: مختار الصّحاح ص ٣٧٦، والمصباح المنير ص ١٣٥.

(٢) من المتقدّمين: الإمام الكمال بن الهمام الحنفيّ، والفيوميّ، والمنجور، ومن المعاصرين: د/ محمّد الرّوكي في قواعد الفقه الإسلاميّ ص ١١٣، وهو الذي رجّحه الوليد آل فريّان في رسالته: القواعد الفقهيّة عند الحنابلة ص ٤٨، و١٠١، وانظر: المصباح المنير ص ١٣٥، والقواعد القرّافيّة ١/٢٦٣.

(٣) منهم: ابن نُجيم ، والمقرّي، وتاج الدِّين السّبكي، والزّركشي، والسّيوطيّ، وابن رجب وغيرهم كثيرون، ودرج عليه جملةٌ من الباحثين المعاصرين، وعليه مضيت في
=

الاتّجاه:

عرّفه في معجم لغة الفقهاء بقوله: (**حُكْمٌ كُلِّـيٌّ يَنطَبِـقُ علـى جزئيّاته**)[1].

وقيل معناه الاصطلاحي هو: (**قضـيّةٌ كلّيّـةٌ تَحصـر الفـروع وتَحبسها**)[2].

وقيل: (**قَضيَّةٌ فقهيَّةٌ كلّيَّةٌ، منطبقةٌ على فروعٍ من بابٍ واحدٍ**)[3]، وهذا أقرب مقارنةً بالتّعريف المختار للقاعدة الفقهيّة.

وكلّها تعريفاتٌ تقدّم شرح كلماتها عند شرح التّعريـف المختـار للقاعدة، سوى كلمة (باب).

والباب، لغةً: المدخل[4]، وفي اصطلاح العلماء عرّفـه في مواهـب الجليل بقوله: «اسمٌ لطائفةٍ من المسائل المشتركة في حكمٍ، وقد يُعبَّر عنه بالكتاب، أو الفصول»[5].

=

هذا البحث، وانظر: القواعد القرّافيّة ١/٢٦٤.

(١) معجم لغة الفقهاء لـ أ.د محمّد رواس قلعة جي ص ٢٥٢.

(٢) وهو ما اختاره شيخنا الشّيخ الدّكتور حمد الصّاعدي في الفروق الجليّة ص ١٠٢، وانظر: القواعد الفقهيّة المتضمّنة للتّيسير ١/٤٠.

(٣) انظر: القواعد القرّافيّة ١/٢٦٥.

(٤) انظر: المصباح المنير ص ٢٦.

(٥) مواهب الجليل للحطاب ١/٦٠، وانظر: القواعد القرّافيّة ١/٢٦٥.

المبحث الثّالث: الفرق بين القاعدة الفقهيّة و الضّابط الفقهي

القاعدة الفقهيّة أعمّ من العقود، وجملة الضّوابط الفقهيّة الخاصّة، ومعنَى ذلك بيان أوجه الوَفْقِ والفَرْقِ بينهما؛ فيتّفقان في(١):

١- أنّ لكلّ واحد منهما مناطاً واحداً، وهي: قَضِيَّةٌ فقهيَّةٌ كلِّيَّةٌ.

٢- أنّ كلّ واحدٍ منهما يتضمّن حكماً فقهيّاً.

٣- أنّه ينطبق ويَندرج تَحت كلٍّ منهما عددٌ من جزئيّاتٍ وفروعٍ فقهيّةٍ.

ويفترقان في أوجهٍ منها:

١- أنّ دائرة القاعدةً الفقهيّة أعمّ،تتّسع لتشمل كثيراً من الفروع والجزئيّات التِي هي من أبوابٍ متعدِّدةٍ متباينة، وجهات مختلفة متغايرةٍ من العبادات والعادات والمعاملات؛ كقاعدة: (المشَقّة تَجلب التّيسير)، و(الضّرر يُزَال)، و(الأمور بمقاصدها) وغيرها.

وأمّا الضّابط الفقهيّ فدائرته لا تسع لأكثر من الجزئيّات والفروعِ التِي تندرج في بابٍ واحد، أو في جزءٍ من باب؛ كقول الفقهاء مثلاً: (الطّهارة الصّغرى داخلةٌ في الطّهارة الكبرى)، ومِن ثم كانت القاعدة الفقهيّة أعلى مرتبةً من الضّابط الفقهيّ.

---

(١) انظر: قواعد المقرّي ٢١٢/١، والقواعد القرذافيّة ٢٦٧/١، و٢٨١-٢٨٢، ومقدّمة محقّق قواعد المقرّي ١٠٨/١، والوجيز ص ٢٦-٢٩، والقواعد الفقهيّة ص ١٠٤-١٠٥، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٦٥.

٢- أنّ القاعدة مُتَّفقٌ عليها في الجملة، مشتركةٌ بين المذاهب، بخلاف الضّابطِ؛ فإنّه مُختصّ في الجملة بمذهبٍ معيَّن.

٣- أنّ القواعد قابلةٌ للاستثناء؛ لِشُمولِها وعمومها، وانطباقها على أكثر من باب، ويقع ذلك كثيراً فيها.

بِخلاف الضّابط؛ فلا يُتَسامح بوجود ما يَخْرِمُهُ، بل تدخل فيه جميع جزئيّاته بلا استثناء، وإلاّ لَم يُعَدَّ ضابطاً؛ لأنّ الوضع اللّغويّ لكلمة الضّبط يقتضي عدم الحزم، وقد أُطْلِقَ عليها (الكلّيّات) لأجل ذلك.

٤- أنّه يغلب على الضّوابط ضَبْطُ صورةٍ بنوعٍ من أنواع الضّبط من غير نظرٍ إلى مداركها ولا مأخذها، بِخلاف القواعد؛ فإنّها تضبط صُوَرَهَا مع النّظر إلى مأخذها.

قال في الأشباه والنّظائر: «الفرق بين الضّابط والقاعدة: أنّ القاعدة تَجمع فروعاً من أبواب شتَّى، والضّابط يَجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل»[1].

قال في الأشباه والنّظائر: «القاعدة: الأمرُ الكلّيُّ الذي ينطَبق عليه جزئيّاتٌ كثيرةٌ، يفهم أحكامها منها، ومنها ما لا يَختصّ بباب؛ كقولنا: (اليقين لا يرفع بالشّكّ)، ومنها ما يختصّ؛ كقولنا: (كلّ كفّارةٍ سببُها معصيةٌ فهي على الفور)، والغالب فيما اختصّ بباب وَقَصَدَ به نَظْمَ صُوَرٍ متشابهة أن يُسَمَّى (ضابطاً)...»، ثم أكّد التّفريق بعبارةٍ أوضح: «وإن شئتَ قل: ما عَمَّ صُوَراً؛ فإن كان المقصود من ذِكْرِهِ القدر المشترك الذي به اشتركت الصّورُ في الحكم فهو المدرَك، وإلاّ؛ فإن كان القصد ضبط تلك الصّور بنوعٍ من أنواع الضّبط من غير نظرٍ في مأخذها فهو الضّابط،

(١) أشباه ابن نُجيم الحنفية ص ١٦٦.

وإلاّ فهو القاعدة»[١].

وإن كان الفقهاء أحياناً لا يَهمّهم هذا التّفريق؛ فيطلقون لفظة (القاعدة) على (الضّابط)، ويعبرون بكلّ ذلك عن نوعٍ من أنواع القاعدة، ومرتبةٍ من مراتبها، وحتّى الذين نصّوا على التّفريق بينهما، يُلحَظُ أنّهم في المجال التّطبيقيّ لم يلتزموا بذلك؛ فكثيراً ما يذكرون الضّابط تحت عنوان قاعدة[٢].

ولعلّ السّبب في هذا الإشكال والحيرة في التّفريق أو عدم التّفريق بين القاعدة الفقهيّة والضّابط الفقهيّ مَبْنِيٌّ على اعتبار أنواع القاعدة الفقهيّة وتفاوتها، وهل فعلاً للقاعدة الفقهيّة أنواعٌ منضبطةٌ ومُحدَّدةٌ أم لا؟ فالنّاظر في هذه الثّروة الضّخمة من القواعد الفقهيّة يَجد أنّها أنواعٌ كثيرةٌ جدًّا، تتنوّع بعدّة اعتبارات منها:

من حيث مضمونُها وتفاوتُ بعضها فيه مع البعض الآخر؛ حيث إنّ منها ما يشمل معظم الفروع الفقهية؛ كالأمثلة السّابقة، ومنها ما يشمل جزءاً كبيراً من هذه الفروع والجزئيّات، مثل قاعدة: (إذا زالت العلّةُ زال الحكمُ)، و(إذا زال المانعُ عاد الممتنعُ)، ونحوها، ومنها ما يشمل قسماً

---

(١) أشباه تاج الدِّين السّبكي ١/١١.

(٢) وقد أطلق السّبكيّ القاعدة على ما هو الضّابط في كتابه الأشباه والنّظائر، كما في قوله ١/٢٠٠: «قاعدة: كلّ ميتة نَجسةٌ إلاّ السّمك والجراد بالإجماع، والآدميّ على الأصح»، وابن رجب الحنبَليّ في تقريره كما في القاعدة: (١)، و(١٠٠).
وانظر: أشباه السّبكي ١/١١، والفروق الجليّة ص ١٠٣، والوجيز ص ٢٨-٢٩، والقواعد الفقهيّة عند الحنابلة ص ١٠١-١٠٣، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٦٥-١٦٧.

كاملاً من الأقسام الكبرى للفقه؛ كقسم العبادات مثلاً، ومن قواعد هذا النّوع قولهم: (لا قياس في العبادات)، ومنها ما يشمل جزءاً من أحد هذه الأقسام؛ كقواعد العقود، وقواعد الملك، وقواعد الحقّ، وقواعد الضّمان وغير ذلك، ومنها ما يشمل جزءاً أضيق من ذلك؛ كقواعد الحدود، وقواعد الإرث وغيرها، ومنها ما يشمل أضيق من ذلك؛ كقواعد الكفّارة وغيرها وهكذا.

ومن حيث صلةُ بعضها ببعضٍ؛ فهناك منها قواعدُ أساسيةٌ التِي هي أصلٌ لغيرها، ولا تتفرّع هي عن غيرها؛ كقاعدة: (الضّرر يزال)، وهناك منها القواعد الفرعية التِي تتفرّع عن غيرها، وتكون قيداً لها، أو تكملةً وتفسيراً، أو شرطاً أو نحو ذلك، كقاعدة: (الضّرر لا يزال بالضّرر)، وهكذا.

وانطلاقاً من ذلك؛ يتّضح أنّه من الصّعب حصر القاعدة الفقهيّة في أنواعٍ وأصنافٍ مُحدَّدة، لا من حيث طبيعتُها، ولا من حيث مراتبُها؛ لذلك اكتفى بعضُ الفقهاءِ بتسميتها قواعد فقهيّة كلّيّة[1]، دون وضع أنواع لها لعسر ذلك وصعوبته.

ورأى بعض[2] العلماء المعاصرين عدم التّفريق، وأنّه يمكن الخلوص إلى أنّه لا داعي للتّفريق بين القاعدة والضّابط ما دام الضّابط يُمثّل مرتبةً من مراتب القاعدة، اللهم إلاّ أن يراد بالضّابط ما دون القاعدة الكلّيّة من التّعريفات الموجزة التِي تنتظم في كلّ منها مجموعةٌ من الأحكام قصد التّمييز بينها وبين غيرها.

---

(١) كما فعل الإمام القرافي في الفروق ١/٢-٣.

(٢) كالدّكتور محمّد الرّوكي في قواعد الفقه الإسلامي ص ١١٣.

وهذا في مقابل رأي الجمهور مِمَّن كتب في القواعدوالضّوابط الفقهيّة قديماً وحديثاً؛ حيث رأوا صحّة التّفريق بين المصطلحين، وأنّه سائغٌ اصطلاحاً[١].

والشّيء المجزوم به؛ أنّه لا خلاف بين الجميع أنّ مراتب القاعدة تَختلف من قاعدةٍ لأخرى من حيثياتٍ سبق ذكرها، وأنّ كلاًّ من القاعدة الفقهيّة والضّابط الفقهيّ كلّيّةٌ فقهيّةٌ، وأنّ كلاً منهما ينطبق على عددٍ من الفروع الفقهيّة، هذا محلّ اشتراكهما.

ويفترقان في كون الضّابط يشمل فروعاً من بابٍ واحدٍ بخلاف القاعدة[٢].

وفي نظرِي؛ أنّ هذا الخلاف لا ينبنِي عليه أثرٌ فقهيٌّ، وأنّ مَن فرّق فلا ضير؛ إذ فيه نوعٌ من الدّقّة في استعمال ألفاظٍ ومصطلحاتٍ ومراعاةٌ لقوةٍ استيعابيةٍ لكلّ منها، وهذا الذي قصده مَن فرّق من العلماء وقال: إنّ القاعدة الفقهيّة أعمّ من جملة الضوابط الفقهيّة الخاصّة[٣].

والوضع اللّغويّ لكلّ واحدٍ من المصطلحَين يعضد التّفريق بينهما، فالقاعدة بوضعها يقبل استثناء وخرم بخلاف الضّابط.

والحاصل: أنّ (الكلّيّة) معنًى يُمَثِّلُ روح القاعدة الفقهيّة، وركنها،

---

(١) انظر: أشباه ابن نُجيم ص ١٦٦، وقواعد المقرّي ١/٢١٢، ومقدِّمة محقّقه ١/١٠٨، وأشباه السّبكي ١/١١، والوجيز ص ٢٨-٢٩، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٦٤-١٦٧.

(٢) انظر: مقدِّمة محقّق قواعد المقرّي ١/١٠٨-١٠٩.

(٣) كما تقدّم عند القرافي في الفروق ١/٢-٣، وأشباه السّبكي ١/١١، وانظر: الفروق الجليّة ص ١٠٣، والوجيز ص ٢٧.

وماهيّتها، وحقيقتها التِي تقوم بها، فمتَى ما وُجدَتْ هذه الكلّيّة في عبارةٍ من العبارات الفقهيّة فهي قاعدةٌ فقهيّةٌ أو ضابطٌ فقهيٌّ حسب قوتّه الاستيعابية، وهذا كلّه اصطلاحٌ، ولا مشاحة في الاصطلاح، والعبرة بالمعنَى لا باللّفظ(١).

وعلى التّفريق بين القاعدة الفقهيّة والضّابط الفقهيّ درجت في هذا البحث.

(١) انظر: قواعد الفقه الإسلامي ص١١٣، القواعد القرّافيّة ١/٢٦٨، والقواعد الفقهيّة المتضمّنة للتّيسير ١/٤١.

المبحث الرّابع: الفرق بين القاعدة الفقهيّة وبين القاعدة الأصوليّة

تقدّم تحديدُ معنَى القاعدة الفقهيّة بما فيه الكفاية، وأمّا القواعد الأصوليّة فهي تلك المبادئ والمباحث اللّغوية التِي تكوّن منهاجاً يعتمد عليه الفقيه في تفسير النّصوص الشّرعية، واستنباط الأحكام منها[(١)].

هذا هو المجال الأساس الذي تبحث فيه القواعد الأصوليّة، وتدور حوله، غير أنّه قد تبحث في مجالين آخرين يرتبطان به ارتباطاً وثيقاً، وهما:الأدلّة الشّرعية،والأحكام الشّرعيّة، وهما يشكّلان مع المجال الأوّل ثلاث حلقاتٍ منها تتكوّن سلسلةُ علم أصول الفقه؛ لأنّ عمل الأصوليّ هو البحث عن الطّرق والأساليب التِي يقع بها الاستنباط، ويؤصّله تأصيلاً يُمهِّد الطّريق للفقيه؛ فيعتمد على ما ينضج من قواعد الاستنباط، ويستعين بها في استخراج الأحكام الشرعية من مظانها وأدلّتها الشّرعية.

فالقواعد الفقهية والأصوليّة تشتركان معاً وتتفّقان في[(٢)]:

١-الغاية؛ لأنّ غاية كلّ واحدةٍ منهما معرفة الأحكام الشّرعية لأفعال العباد.

٢- الخاصيّة الكبرى، وهي كون كلٍّ منهما مجمعَ أحكامٍ، ورابطةً لقدرٍ كبيرٍ من الفروع والجزئيّات.

---

(١) انظر: الفروق ١/٢-٣، وقواعد الفقه الإسلامي ص ١١٧، والفروق الجليّة ص ٥٥، و٥٩، والوجيز للبورنو ص ١٩.

(٢) انظر: الفروق الجليّة ص ٦٥، و١٢٥، و١٢٧-١٤٢، والوجيز ص ٢١.

٣- الأهمّيّة، وهي كونهما تؤصِّلان الفروع والجزئيّات الفقهيّة التِي لا تتناهَى، فكلّ واحدةٍ منهما قضيّةٌ كلِّيَّةٌ يندرج في ضمنها جزئيّاتٌ.

٤- أنّ كلّ واحدةٍ منهما لا تَختصّ بباب معيَّنٍ من الفقه.

٥- أنّ كلّ واحدةٍ منهما تَحتاج في تحصيلها والقدرة على الإمساك بزمامها إلى عَزيمةٍ، وبالتّالي تُنَمِّي ملكة الاستنباط التِي يقدر بها المجتهد لاستخراج الأحكام الشّرعية من أدلّتها.

٦- أنّ كلّ واحدةٍ منهما تُمَثِّل نوعاً من الأصول الثّلاثة وهي:

الأوّل: أصولٌ بِمعنَى المصادر، وهي الأدلة التفصيلية التِي تؤخذ منها الأحكام الفقهية.

الثاني: أصولٌ بِمعنَى قواعدَ، وهي الأدلة الإجمالية التِي بوساطها تؤخذ تلك الأحكام من الأدلة التفصيلية.

الثالث: أصولٌ بِمعنَى قواعدَ أيضاً أو مبادئ، وهي قضايا كليةٌ تندرج تحتها الأحكام الفقهية المتشابهة التِي يجمعها قياسٌ واحدٌ، أو يربطها ضابطٌ فقهِيٌّ واحدٌ.

ويعرف النوع الأوّل بِمصادر الفقه، وهي آيات الكتاب، وأحاديث السنة، وإجماع أهل العلم. ويعرف النوع الثاني بأصول الفقه، وهي القواعد الأصولية، ويعرف النوع الثالث بقواعد الفقه وهي القواعد الفقهية.

وانطلاقاً من أنّ القواعد الأصوليّة هي عمدةُ الفقيه وأدواته التِي يستعملها في العملية الاستنباطية؛ فإنّ تلك القواعد الأصوليّة تعدُّ في نهاية الأمر ومآله قواعدَ فقهيّةً لاعتماد الفقيه عليها، واحتياجه إليها؛ كاعتماده واحتياجه إلى القواعد الفقهيّة، غير أنّ الأولى يعتمد عليها في الاستنباط،

والثّانية يحتاج إليها في تَجميع الشّتات المتفرِّقة، وضبط الفروع والجزئيّات بعد استنباط أحكامها حتّى لا تتشعّب عليه فيضيق بها حصراً وحفظاً، وقد يستخدمها كدليلٍ شرعيٍّ.

والقواعد الأصوليّة إنّما وضعها الأصوليّون لتكون خادمةً للفقه، ضابطةً لعملية الاستنباط؛ فهي أصوله وأسسه التِي يقوم عليها، ويَتحرّك ويحيَى بها؛ لذلك فهي أصوليّةٌ فقهيّةٌ.

فوظيفة أصول الفقه هي وظيفةٌ فقهيّةٌ محضةٌ؛ حيث وضعت لِتطبيقها على الفروع والجزئيّات والمسائل والنّوازل التِي تستجدّ يوماً بعد يومٍ، والتِي لا يمكن حصرها فضلاً عن حفظها إلاّ بها؛ فإذا لم تُسْتَخدَمْ لهذا الغرض، ولم يُبْرَزْ جانبها الفقهيّ التّطبيقيّ صارت مُجرّد نظريّاتٍ ودراساتٍ جدليّةً لا صلة لها بواقع الشّريعة الإسلامية[1].

لذلك اعتبرهما في الفروق مِن أصول الشّريعة التِي تضبط فروعها؛ حيث قال: «فإنّ الشّريعة المحمّديّة -زاد الله تعالى منارَهَا شرفاً وعلوّاً- اشتملت على أصولٍ وفروعٍ، وأصولها قسمان:

أحدهما: المُسَمَّى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلاّ قواعد الأحكام النّاشئة عن الألفاظ العربية خاصّةً، وما يعرض لِتلك الألفاظ...،

والقسم الثّاني: قواعدُ كلِّيَّةٌ فقهيّةٌ جليلةٌ كثيرةُ العدد، عظيمةُ المدد، مشتملةٌ على أسرار الشّرع وحِكَمِهِ، لكلّ قاعدةٍ من الفروع في الشّريعة

---

(١) انظر: قواعد الفقه الإسلامي ص ١١٨، والوجيز ص ١٩.

ما لا يُحْصَى، ولم يُذْكَر منها شيءٌ في أصول الفقه، وإن اتّفقت الإشارة إليه هناك على سبيل الإجمال؛ فبقي تفصيله لم يتحصّل، وهذه القواعد مُهمَّةٌ في الفقه، عظيمة النّفع»[1]، وبهذا صار هو أوّل مَنْ فرَّق بين قواعد الفقه والأصول، وميَّزَ بينهما، وفي كلامه في موضعٍ آخر:«...وذلك يعتمد تَحصيل أصول الفقه، والتّبحّر في الفقه؛ فإنّ القواعد ليست مستوعبةً في أصول الفقه، بل للشّريعة قواعدُ كثيرةٌ جِداً عند أَئمة الفتوى والفقهاء لا تُوجَد في كتب أصول الفقه أصلاً»[2].

إذا كانت القواعد الأصوليّة والفقهية تشتركان في هذا القدر العظيم من الخصائص؛ فإنّهما تَختلفان وتفترقان في أمورٍ أيضاً، منها:

١- **من حيث الاستمداد، والمسالك وطرائق التّكوين**؛ فالقاعدة الأصوليّة منشؤها النّصّ الشّرعِيّ، وما تحفّه من دراساتٍ لغويّةٍ وبيانيةٍ، واستقراء للأساليب والصّيغ العربية، وعلوم القرآن والحديث، فمن هذه العناصر والمقوِّمات نشأت القاعدة الأصوليّة وتَخلّقت، ثم صارت ناضجةً كاملةً مستويةً.

أمّا القاعدة الفقهيّة؛ فهي قواعدُ استقرائيّةٌ قياسيّةٌ، تُسَهِّل على الفقيه جمع شتات الفروع والجزئيّات، وغالبها مأخوذ من تتبّع الأحكام الفقهيّة الواقعة على أفعال المكلّفين ولم تنشأ إلاّ بعد مباشرة القضايا الحياتية ومواجهتها باستنباط ما يناسبها من الأحكام الشّرعية بواسطة القواعد

---

(١) الفروق للقرافي ١/٢-٣.

(٢) الفروق ٢/١٠٩-١١٠، وانظر: تهذيب الفروق ٢/١٢٤.

الأصوليّة؛ فهي إذَن إنّما تنشأ بعد اكتمال القواعد الأصوليّة ونضجها، بالاعتماد عليها في العمليّة الفقهيّة الاستنباطية.

وهي -أيضاً- لم تنشأ إلاّ في خضم الفروع والجزئيّات والأحداث والوقائع التِي تعجّ بها الدّنيا؛ حيث لم يجد الفقهاء لِجمع هذا الرّكام من الفروع، وحصر هذا السّيل من القضايا الجزئيّة، والنّوازل اليومية، وضبطه وحفظه، إلاّ القواعد الفقهيّة الكلّيّة التِي كانت هي الوسيلة الكبرى للضّبط والحصر والتّقييد، وبدونها كان الفقيه اليوم يَحتاج في الفتوى والاستنباط والتّخريج والتّفريع إلى القناطير المنقطرة والأحمال الموقرة من الكتب.

٢- **من حيث الوجود**؛ ما دام أنّ القواعد الأصوليّة تعنِي: المنهج الذي يلتزمه المجتهد في استنباطه للأحكام الشّرعية من أدلّتها؛ فهي إذَن سابقةٌ في الوجود على الأحكام فضلاً على مجموعة الأحكام المتشابهة التِي هي قِوام القاعدة الفقهيّة؛ فالقواعد الأصوليّة أصلٌ بالنِّسبة للقواعد الفقهيّة التِي تعتبر فرعاً لها وثَمرةً من ثِمَارها.

٣- **من حيث التّركب**؛ فالقواعد الفقهيّة عبارةٌ عن حكمٍ مركّبٍ من جزءين: **أحدهما**: اسمٌ لفعلٍ من أفعال المكلّفين، **وثانيهما**: وصفٌ لذلك الفعل، أو متعلّق الحكم.

أمّا القواعد الأصوليّة فمركّبةٌ من جزءين كذلك، **أحدهما**: اسمٌ للفظٍ من الألفاظ، **والثّاني**: حكم من الأحكام.

٤- **من حيث متعلّقهما أو موضوعهما**؛فالقواعد الأصوليّة تبحث على الرّاجح في الدّليل السّمعِيّ الكلّيّ، والحكم الشّرعيّ الكلّيّ،

وكيفية الاستنباط منه، يرجع إليها الفقيه للاستنباط والتّخريج بَحثاً عن الأحكام الشّرعيّة لِما يستجدّ من الوقائع والأحداث.

وأمّا موضوع القاعدة الفقهيّة ومتعلّقها؛ فهي المسائل والأحكام الفقهيّة المتشابهة التي تدخل تحت مفهوم قاعدة، وما استثني لأسباب خاصّة، وإنّما يرجع إليها الفقيه لاستحضار المسائل الفقهيّة المتشعّبة، المبثوثة في أبواب الفقه، فهي توفّر له الوقت والجهد، وتعينه عن البحث الطّويل في بطون أمّهات الكتب.

٥- **من حيث الاندراج**؛ فالقواعد الأصوليّة تندرج تحتها أنواعٌ من الأدلّة الإجمالية في الجملة، مَحكومةٌ عليها بأحكامٍ تسمح باستنباط التّشريع منها، أمّا القواعد الفقهيّة فيندرج تَحت أحكام الفقه.

٦- **من حيث توقّف إحداهما على الأخرى**؛ فالقواعد الأصوليّة لا يتوقّف استنتاجها والتّعرّف عليها على قاعدةٍ فقهيّةٍ، أمّا الفقهيّة فيتوقّف استنتاجها على الأصوليّة.

٧- **من حيث الاستعمال**؛ القواعد الأصوليّة تُستعمَل في الأحكام من حيث إثبات شرعيّتها، وأدلّتها، واستنباطها، والفقهيّة تُستعمَل في ضبط المسائل المنتشرة في أبواب الفقه تحت مناط واحدٍ، وحكمٍ واحدٍ.

٨- **من حيث فائدتهما**؛ فالقواعد الأصوليّة تبيِّن المنهاج الذي يلتزمه الفقيه لاستنباط الأحكام من أدلّتها التّفصيليّة، وأمّا قواعد الفقه فتضبط الفروع، وتربّي مَلَكَةَ الاستنباط، وتَحمِي الفقيه من التّناقض، وتُطْلِعُهُ على مقاصد الشّريعة.

٩- **من حيث المستفيد منهما**؛ القواعد الأصوليّة يستفيد منــها المجتهــد خاصّة، أمّا الفقهيّة فيمكن أن يستفيد منها الفقيه والمتعلّم؛ لأنّ القواعــد أحكامٌ كلّيّةٌ يرجع إليها بدلاً من الرّجوع إلى حكم كلّ فرعٍ على حدة.

١٠- **من حيث شمولهما وثبوتهما واطّرادهما**؛ فالقواعد الأصوليّة شاملةٌ لِجميع الفروع، كما أنّها ثابتةٌ لا تتغيّر، ولا تتبدّل على اختلافٍ في بعضها عند بعض المذاهب، كما أنّها قواعدُ مُطَّرِدةٌ، وأمّا القواعــد الفقهيّة فهي قواعدُ أغلَبِيَّةٌ لوجود حالاتٍ استثنائيّةٍ، وصورٍ خاصّـــةٍ يَتخلّف فيها بعض جزئيّاتها[1].

---

(١) انظر: الفروق الجليّة ص ٦٥، و١٢٥، و١٢٧-١٤٢، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٤-٣٥، وقواعد الفقه الإســلامي ص ١١٧-١٢٠، والــوجيز ص ١٩-٢٢، والقواعد الفقهيّة عند الحنابلة ص ٩٥-٩٨.

المبحث الخامس: تاريخ القواعد الفقهيّة: مصادرها، استمدادها، وصياغتها

القواعد الفقهية كغيرها من فنون العلوم الشّرعية، لم تنشأ دفعةً واحدةً بما هي عليه من الحبك والصّياغة العلميّة، بل مرّت بمراحلَ، وتعاقب على إنشائها وتخليقها أجيالٌ من العلماء الأفاضل، اهتمّوا بها،وأعطوها الكثير من العناية والاهتمام؛حتّى وصلت إلى ما هي عليه من النّضج والكمال، وحتّى كتبت فيها الكتب والمؤلّفات عبر العصور الإسلاميّة؛ فيحسن الوقوف سريعاً على نظرةٍ تاريخيّةٍ عن نشأتها، وتطوّرها، وحركة التّأليف فيها.

أمّا نشأة القواعد الفقهيّة وتطوّرها؛ فقد عُلمَ أنّها لم تنشأ دفعةً واحدةً، وإنّما كانت نشأتها بمراحلَ وأطوار أُجمِلُها فيما يأتي[1]:

المرحلة الأولى: عصر النّبوّة ونُزُول الوحي (طور النّشوء والتّكوين):

بالاطّلاع في كتب القواعد الفقهيّة، يلحظ أنّ المؤلّفين فيها درجوا على ردّ هذه القواعد جَهدَ إمكانهم إلى أصولها من القرآن والسّنة، أو حَاولوا على الأقلّ أن يلتَمسوا لها شواهد من القرآن والسّنة، وهذا يعني

---

(١) انظر: قواعد المقرّي ١/١٠٣، و١١٥، و١٢٠، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٦، وقواعد الفقه الإسلاميّ ص ١٢٧-١٥٨، والوجيز ص ٣٠-٣٧، و٤٤، و٥٩-٨٦، وجمهرة القواعد للنّدوي ١/٢٩، و٩٣، و١٢٠، والقواعد الفقهيّة في المغني ص ٧، و٤٣ فما بعدها، والقواعد الفقهيّة ص ١٢٥، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٧٣.

بوضوح أنّ الملامح الأولى للقواعد الكلّيّة مرسومةٌ في القرآن والسّنة، ويعني أيضاً أنّ المرحلة الأولى لنشأة القواعد كان مصدرها هذه الملامح والمعالم الموجودة في القرآن والسّنة، وباستقرائها وتتبّع جزئيّاتها ومباشرة تطبيقها، استطاع الفقهاء أن يكوّنوا هذه القواعد ويركّبوها في صورتها النّهائية.

وفعلاً؛ في القرآن الكريم، والسّنة النّبويّة الشّريفة نصوصٌ هي عينها تُمثّل بذاتها وألفاظها قواعدَ تشريعيّةً جاهزةً، وبعضها يقدّم للفقيه مادّةً خصبةً يستطيع أن يصوغ منها قدراً وافراً من هذه القواعد؛ فمن أمثلة ذلك في القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[1].

٢- قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[2]، فمن هاتين الآيتين الكريمتين وأمثالهما أخذ الفقهاء القاعدة الفقهيّة الكبرى: (المشقّة تَجلب التّيسير)، و(الحرج مرفوعٌ)، وغيرهما من القواعد المتفرّعة عنها، وإلى غير ذلك من الآيات الكريمة التي تكون كلّيّاتٍ تشريعيّةً كبرى[3].

وأمثلة ذلك في السّنة النّبويّة الشّريفة كثيرةٌ جدّاً؛ فإنّ النّبيّ ﷺ الذي أنطقه الله بِجوامع الكلم، كانت أَحَاديثُهُ الشّريفةُ في كثيرٍ من الأحكام بِمثابة القواعد العامّة التي تنطوي تحتها الفروع الكلّيّة الفقهيّة

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٥.

(٢) سورة الحجّ، الآية: ٧٨.

(٣) انظر: قواعد الفقه الإسلاميّ ص ١٢٨-١٣٠.

منها[1] ما يلي:

١- ((الخراج بالضّمان)).

٢- ((العَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ)).

٣- ((عاريةٌ مضمونةٌ)).

٤- ((على اليد ما أخذت حتّى تردّه)).

٥- ((لا ضرر ولا ضرار)).

إلى غير ذلك من الأحاديث النّبويّة الشّريفة التي هي في ذاتها قواعدُ كلّيّةٌ جاهزةٌ، أو قابلةٌ لأن تُصَاغَ منها القواعد والأصول الفقهيّة، فَمَن تَتَبَّع مصادر السّنة يَجدها حافلةً بمثل هذه الجوامع.

وهكذا أضحَى القرآنُ الكريمُ والسّنةُ الشّريفةُ النّواةَ الأولى للقواعد الفقهيّة؛ فبهذا، يمكن أن يقرّر بكلّ الاطمئنان أنّ القواعد الفقهيّة الكلّيّة نشأت منذ نزول الوحيين: القرآن الكريم، والسّنة النّبويّة الشّريفة، وهي في غاية العموم والسّعة؛ لذلك جاءت بعيدةً عن الاختلافات التي تتّصف بها قواعد الفقهاء في أكثر الأحيان.

المرحلة الثّانية: عصر الصّحابة (امتداد طور النّشوء والتّكوين):

بالنّظر إلى عهد الصّحابة -رضوان الله تعالى عليهم- يجد النّاظر أنّ في رسائلهم ومجالسهم وفتاواهم وأقضيتهم قد جرى على ألسنتهم وأقلامهم عباراتٌ ونصوصٌ تصلح أن تكون قواعدَ فقهيّةً كلّيّةً، أو تُصَاغَ منها،

---

(١) الأحاديث المذكورة هنا، يأتِي تَخريجها في أماكنها في صلب البحث إن شاء الله تعالى.

جاءت متأثِّرةً بالقرآن الكريم والسّنة، مقتبسةً من نوريهما، وهـي كـثيرةٌ وافرةٌ، منها كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشـعري -رضـي الله عنهما- جاء فيه: «القضاءُ فريضةٌ مُحكَمةٌ وسُنّةٌ مُتّبعةٌ...، لا ينفـع تَكلُّـمُ بِحقٍّ لا نفاذ له...، البيّنةُ على مَنِ ادَّعَى واليمينُ على مَن أنكـر، والصّـلح جائزٌ بين النّاس إلاّ صلحاً أحلّ حراماً أو حرَّم حلالاً، لا يَمنعك قضاءٌ قضيتَه راجعتَ فيه نفسك، وهُديتَ فيه لرشدك أن تراجع الحقَّ؛ فإنّ الحقّ قـديمٌ، ومراجعة الحقّ خيرٌ من التّمادي في الباطل...، اعرف الأمثال والأشـباه ثم قِس الأمور عند ذلك...، المسلمون عدولٌ بعضهم على بعضٍ، إلاّ مَجلـوداً في حدّ، أو مُجَرَّباً في شهادة زورٍ، أو ظنيناً في ولاءٍ أو قرابة...»[1].

وقول عليّ ﷺ: «لا يَحْجُبُ مَنْ لا يَرِثُ بِحَالٍ مِنْ الأَحْوَال»[2].

وقول عبد الله بن عبّاس -رضـي الله عنـهما- «الطّـلاقُ عـن وَطَرٍ،والعتاق ما أريد به وجه الله»[3]، ففي هاتين الكلمتين أَحْكَمَ علـى أيْمان الحالفين بالعتق والطّلاق، هل الحالف بهذا مِمَّن يبتغي به وجه الله، والتّقرّب إليه بإعتاق هذا العبد؟! وهل هو مِمَّن لـه وطـر في طـلاق زوجته؟![4].

---

(١) أخرجه الدّارقطني في سننه ٥/٣٦٨، برقم: (٤٤٧١)، وقد شرحه شرحاً علميّـاً مفيداً الإمام ابن القيم في إعلام الموقّعين ص ٧٦ فما بعدها، واعتمده السّـيوطيّ أصلاً ومصدراً لفنّ الأشباه والنّظائر ص ٣١.

(٢) يأتي تخريجه في القاعدة [٧٣] إن شاء الله تعالى.

(٣) أخرجه البخاري تعليقاً في صحيحه ٩/٣٠٠، كتاب الطّلاق، باب الطّلاق في الإغلاق.

(٤) انظر: القواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٧٥.

المرحلة الثّالثة: عصر التّابعين ومَن بعدهم (طور النّموّ والتّدوين):

بالانتقال من عهد الصّحابة إلى عهد التّابعين وتابعيهم يلحظ أنّ مجال القواعد الفقهيّة قد اتّسع باتّساع نطاق الإفتاء وازدهار حركة الاستنباط، وكلّ ذلك بسبب ما جدَّ من القضايا الحياتية التي دعت الفقهاء إلى البحث عن حلولها الفقهيّة الجامعة التي تناقلها فقيهٌ عن فقيه، وأورثوها مَنْ بَعْدَهُم، إلاّ أن الكثير منها ظلّ مطبوعاً بالطّابع العمومي الإجمالي، بِحاجة إلى مزيدٍ من الصّياغة والحبك لتصير على شكل قواعدَ فقهيّةٍ بالمعنَى السّابق لها.

فمع مطلع عصر التّدوين، ظهرت كتبٌ ضمّنها مؤلّفوها جملةً من الأفكار والمعاني العقلية؛ تصلح أن تكون مادّةً لهذه القواعد الفقهيّة، ومن أبرز هذه المصنَّفات: (الموطّأ) للإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ)، و(الخراج)، للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي صاحب أبي حنيفة (ت ١٨٢هـ)، و(الرّسالة والأمّ) كلاهما للإمام محمّد بن إدريس الشّافعيّ القرشيّ (ت ٢٠٤هـ)، وغيرها من بواكير كتب السّلف الأصوليّة والفقهيّة، التي لا أقول إنّها مصادر للقواعد الفقهيّة بالمعنَى الدّقيق، ولكنّني أريد التّنبيه إلى أنّ دراسة مثل هذه الكتب وتتبّع مباحثها توصل إلى بعض ملامح هذه القواعد، يُنظَرُ على سبيل المثال إلى قول الإمام مالك رحمه الله في موطّئه: «كُلُّ سَهوٍ كان نُقصاناً مِن الصّلاة؛ فإنّ سُجُودَهُ قَبْلَ السَّلاَمِ، وَكُلُّ سهوٍ كان زِيَادَةً في الصّلاة؛

فَإِنَّ سُجُودَهُ بَعْدَ السَّلَامِ»[1]،فهذا الكلام بِمَنْزلة قاعدةٍ تضبط أحكام السّهو في الصّلاة.

هكذا كان تَطَوُّرُ نشوءِ القواعد الفقهيّة، ونُمُوُّ تدوينه، فالحاجة أمّ الابتكار؛ لذلك كان التّأليف في الفقه وقواعده يزدهر وينمو بقدر تَجدُّد القضايا وتكاثرها؛ حتّى إذا اكتملت المذاهب الفقهيّة الكبرى، ونضجت أصولها ومناهجها في الاجتهاد والاستنباط والفتوى، وجاء عصر كبار تلاميذ الأئمة الذين نشروا مذاهبهم في الآفاق، ظهرت حينئذٍ عواملُ جديدةٌ أدّت بالفقه إلى أن ينطبع تأليفهم بطابع التّقعيد والتّأصيل، وتبرز فيه القواعد الفقهيّة كاملةً ناضجةً، ومن أهمّ هذه العوامل[2]:

١- كثرة الفروع والجزئيّات التي كانت تفرض على الفقهاء أن يضبطوها بضوابطَ كلّيّةٍ تندرج في كلٍّ منها مَجموعةٌ مُتَجانِسةُ الأفراد متشابهةٌ في الأحكام.

٢- تنافس الفقهاء في جمع شتات الأبواب الفقهيّة، وتقديمها مُلخَّصةً جامعةً مركّزةً لطلاب الفقه، ليسهل عليهم أخذها واستيعابها.

٣- انعقاد مناظراتٍ ومساجلاتٍ فقهيّة بين جماعاتٍ من الفقهاء من مُختلفِي المذاهبِ الفقهيّة؛ بِحيث كان كلّ واحدٍ منهم يعرض اجتهاده في المسألة المعروضة للتّنظير والمحاجّة على ضوء أُصول مذهبه وقواعده؛

---

(١) الموطّأ للإمام مالك ١/٩٥.

(٢) انظر: قواعد الفقه الإسلاميّ ص ١٣٥، والوجيز ص ٥٩، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٧٦.

فكانت طبيعة المجلس تفرض عليه أن يعرض أحكام المسألة مصحوبةً بما يقوّيها ويبرز إلزاميتها من التّعليلات وضمانات الاستدلال.

٤- اتّساع دائرة الإفتاء والقضاء؛ لكثرة النّوازل المعروضة على الفقهاء، ممّا كان يفرض عليهم وضع قواعدَ وضوابطَ لتصنيف هذه النّوازل وترتيبها حسب أصولها الفقهيّة، تسهيلاً لعمليّة الإفتاء والقضاء، وتوفيراً للوقت والجهود في مباشرتها.

إلى غير ذلك من العوامل الأخرى.

وفي القرن الرّابع الهجري كانت هذه القواعد الفقهية قد اكتملت ونضجت، وقامت على سوقها، لا ينقصها إلاّ أن تُجَرَّد عن غيرها، وتُفْرَد لها الكتبُ بالتّأليف والتّصنيف، وهذا ما فعله الفقهاء المتأخّرون من بَعْدُ[1].

وأمّا ما ذكره بعض[2] الباحثين المعاصرين من أنّ تاريخ اكتمال القواعد الفقهيّة يرجع إلى القرن السّابع الهجري؛ فإنّه لا يستقيم إلاّ بنوعٍ من التّأويل، وإلاّ فإنّ ادّعاء أنّ الكتابة في علم القواعد الفقهيّة لم تكن إلاّ في مطلع القرن السّابع الهجري، يحتاج إلى شواهدَ وتوثيقات، وليس من الضّرورة ألاّ يُعَدَّ كتابٌ من زمرة القواعد الفقهيّة إلاّ إذا كان يحمِلُ اسمَ القواعد أو الأشباه والنّظائر، أو ما في معناهما من الألقاب، بل هناك كتبٌ كثيرةٌ للمتقدّمين ما يحمل غير هذه الألقاب، وهي حافلةٌ بقواعدَ فقهيّةٍ، تضمّ عدداً مُهمّاً من القواعد الفقهيّة الجاهزة، مثل: تأسيس النّظر

---

(١) في القرون اللاحقة، انظر: المراجع السّابقة.

(٢) كالذي نقله د/محمّد الرّوكي في قواعد الفقه الإسلامي ص١٣٦-١٣٧، عن د/ عجيل جاسم النّشمِي.

للدّبوسيّ الحنفيّ (ت ٤٣٠هـ)، وأكبر منه (الإشراف على مسائل الخلاف) للقاضي عبد الوهّاب بن نصر البغدادي المالكيّ (ت ٤٢٢هـ)، وهو كتابٌ في الخلاف، أو ما يُسَمَّى اليوم بـ (الفقه المقارَن)، يضمّ ما يزيد على مائة قاعدة فقهيّة كلّيّة جاهزة مصوغة صياغة دستوريّة بالمعنَى العلميّ للقاعدة الفقهيّة، فضلاً عن عديدٍ من القواعد الفقهيّة الأخرى التي يمكن استخلاصها منه بعد الصّياغة والحبك.

مع العلم أنّ مثل هذه الكتب قد تكون أَحْبَكَ وأَحْكَمَ صياغةً للقواعد الفقهيّة، وأَظْهَرَ تنصيصاً لها من الكتب التي تحمل ألقاب القواعد أو الأشباه؛ لذا لا معنًى لإبعادها من الحساب عند الحديث عن أوائل الكتب التي حَرَّرَتِ الكلامَ عن القواعد الفقهيّة[1].

فبناء على ذلك؛ فإنّ حركة التّأليف في القواعد الفقهيّة يمكن تقسيمها إلى[2]:

القسم الأوّل: كتب الخلاف، أو الفقه المقارن؛ وذلك لأنّ التّأليف في الخلاف يتطلّب التّضلّع في مناهج الاستدلال، والتّمكّن من ملكة الاحتجاج والتّنظير، وكلّ ذلك يحتاج إلى الإحاطة بقواعد الفقه وأصوله التي تنبثق عنها فروعه وجزئيّاته؛ لذلك جاء هذا الصّنف من الكتب يستوعب مادّةً غزيرةً من القواعد الفقهيّة،وبخاصّةٍ تلك التي أَلَّفَها

(١) انظر: قواعد الفقه الإسلامي ص ١٣٧-١٣٨.
(٢) انظر: شرح القواعد للزّرقا ص ٣٦، وقواعد الفقه الإسلاميّ ص ١٤٠-١٥٧، والوجيز ص ٦٢-٨٦، و٩٤ فما بعدها، وجمهرة القواعد للنّدوي ١/٢٩، و٩٣، و١٢٠، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٧٦-١٨٨.

أصحابُها لتأييد مذهبهم الفقهيّ،ونصرته والتّنظير له،والرّدّ على مخـالفيهم من فقهاء المذاهب الأخرى.

وأبرز هذه الكتب وأغزرها مادّةً هي تلك التِي تهـتمّ بـالتّخريج والتّفريع، وإلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به، مثل:

١- كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، لأبي الوليد ابن رشد القرطبِي، كما سيأتِي إن شاء الله عند الحديث عنه، ومن كتب هذا الصّنف أيضاً:

٢- (بدائع الصّنائع)، للإمام علاء الدِّين أبي بكر الكاسانِي الحنفيّ (ت ٥٨٧هـ)[(١)].

٣- (الإشراف على مسائل الخلاف)، للقاضي عبد الوهّاب المالكي (ت ٤٢٢هـ)[(٢)].

٤- الذّخيرة، لشهاب الدِّين أبي العبّاس أحمد بن إدريس القرافِـيّ (ت ٦٨٤هـ)[(٣)].

---

(١) قام الباحث أحمد بن سعيد العواجي بِجمع ودراسة القواعد الأصوليّة وتطبيقاتهـا عند الإمام الكاسانِي، منه، في رسالة مقدّمة منه لنيل درجة الماجستير، بقسم أصول الفقه، الجامعة الإسلاميّة، بإشراف: د/ ترحيب بن ربيعـان الدّوسـري، العـام الجامعيّ: ١٤٢٦-١٤٢٧هـ.

(٢) قام د/ محمّد الرّوكي باستخراج قواعده، ودراستها، في رسالة جامعيّـة بعنـوان: (قواعد الفقه الإسلاميّ من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف)، نال بـه دبلوم الدّراسات العليّا في الدّراسات الإسلاميّة(الماجستير)،مـن جامعـة محمّـد الخامس،كلّيّة الآداب والعلوم الإنسانية بالرّباط،المغرب،مطبوعٌ.

(٣) قام د/ عادل بن عبد القادر قوته بجمع قواعده في رسالة علميّة، بعنوان: (القواعد والضّوابط الفقهيّة القرافيّة، زمرة التّمليكات الماليّة)، نال بها درجة الـدّكتوراه في
=

٥- المهذّب في فقه الإمام الشّافعي، تأليف:الإمام أبي إسحاق الشّيرازي (ت ٤٧٦هـ).

٦- المغنِي، لِمُوَفَّق الدِّين أبي محمّد عبد الله بن قدامة المقدسيّ الحنبلِيّ (ت ٦٢٠هـ)[(١)].

القسم الثّاني: الكتب التِي أُلِّفَتْ أساساً في صميم القواعد الفقهيّة، بعد تَجريدها وإفرادها عمّا عداها، وجَعْلها مستقلّةً؛ بحيث يقوم الفقيه بتعدادها، ثم يتولّى شَرْحَها وتَحْليلَها، وذِكْرَ الفروع المندرجة في كلّ منها، مع التّنبيه على المستثنيات الخارجة عنها.

وهذا الصّنف هو الذي يقتصر عليه معظم الباحثين حينما يريدون تعداد مؤلّفات القواعد الفقهيّة، ومن أمثلة هذا الصّنف من الكتب المطبوعة:

١- قواعد أبي الحسن الكرخِيّ الحنفيّ (ت ٣٤٠هـ)[(٢)].

٢- تأسيس النّظر لأبِي زيد الدّبوسيّ الحنفيّ (ت ٤٣٠).

=

الفقه الإسلامي، من كلّيّة الشّريعة، جامعة أمّ القرى، مكّة المكرّمة، المملكة العربيّة السّعوديّة، مطبوعٌ.

(١) قام د/ عبد الواحد الإدريسيّ بِجمع قواعده في رسالة جامعيّة، بعنوان: (القواعد الفقهيّة من خلال كتاب المغنِي لابن قدامة)، مطبوعٌ.

(٢) وهذا الكتاب هو أقدم مَجموعة من هذه القواعد الكلّيّة وصلنا في شكل رسالة خاصّة، وعلى العموم؛ فإنّ المذهب الحنفيّ هو أقدم المذاهب الأربعة الكبرى تأليفاً في قواعد الفقه. انظر: شرح القواعد للزّرقا ص ٣٧-٣٨، والوجيز ص ٤٤-٤٥، و٦١، و٦٣، و٦٨-٦٩، و٩٤.

٣- الأشباه والنّظائر، لزين الدِّين بن إبراهيم المعروف بابن نُجيم الحنفيّ (ت ٩٧٠هـ).

٤- أنوار البروق في أنواء الفروق، المشهور بـ: (الفروق)، للإمام أبي العبّاس شهاب الدِّين أحمد بن إدريس المشهور بالقرافيّ(ت ٦٨٤هـ).

٥- القواعد الفقهيّة، للإمام أبي عبدالله محمّد بن أحمد المقرّي التِّلمساني(ت٧٥٦هـ)[1].

٦- الكلِّيّات الفقهيّة، للمقرِّي (ت: ٧٥٦هـ) أيضاً.

٧- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالكٍ،لأبي العبّاس أحمد الونشريشيّ (ت ٩١٤هـ).

٨- قواعدالأحكام في مصالح الأنام،للإمام أبي محمّد عزّالدِّين ابن عبدالسّلام (ت٦٦٠هـ).

٩- الأشباه والنّظائر،للإمام تاج الدِّين عبدالوهّاب السّبكيّ(ت ٧٧١هـ).

١٠- المنثور في القواعد، تأليف: أبي عبد الله بدر الدِّين الزّركشي (ت ٧٩٤هـ).

١١- الأشباه والنّظائر في قواعد وفروع فقه الشّافعيّة، تأليف: الإمام جلال الدِّين عبدالرّحمن السّيوطيّ (ت ٩١١هـ).

---

(١) قال د/ عادل قوته في قيمته: «ولا أتردّد أبداً في وصف كتاب (القواعد) للإمام المقرّي بأنّه أجلّ ما كُتِبَ في القواعد الفقهيّة على وجه الإطلاق والعموم»، القواعد القرّافية ٢٤٣/١.

١٢- القواعد النّورانيّة الفقهيّة، تأليف: شيخ الإسلام ابن تيمية الحنبليّ (ت ٧٢٨هـ).

١٣- تقرير القواعد وتحرير الفوائد، للإمام أبي الفرج ابن رجب الحنبليّ (ت ٧٩٥هـ).

١٤- القواعد والفوائد الأصوليّة، لعلاء الدِّين عليّ المعروف بابن اللّحام (ت ٨٠٣هـ).

١٥- القواعد والأصول الجامعة، تأليف الشّيخ عبد الرّحمن السّعديّ (ت ١٩٧٦هـ).

أمّا مصدر القواعد الفقهيّة واستمدادها فيمكن إرجاعها إلى ستّة مصادر[١]:

المصدر الأوّل: النّصّ الشّرعيّ من الكتاب والسّنة، إمّا أن يكون النّصّ عينه لفظَ قاعدة، أو أن تكون قاعدةٌ مستنبطةً من نصٍّ معيَّنٍ، أو مستنبطةً من مجموع النّصوص.

المصدر الثّاني: الإجماع، كإجماعهم على أنّ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

المصدر الثّالث: أقوال الصّحابة، كقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشّروط»[٢].

المصدر الرّابع: أقوال التّابعين، مثل: «كلّ فرقةٍ كانت من قبل

---

(١) انظر: مقدّمة محقّق قواعد المقرّي ١/١١٥، والفروق الجليّة ص ١١٠-١١٣، والوجيز ص ٣-٣٧، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٩٤-١٩٨.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٥/٣٨٠، تعليقاً كتاب الشّروط، باب الشّروط في المهر عند عقدة النّكاح، و٩/١٢٤ تعليقاً أيضاً، كتاب النّكاح، باب الشّروط في النكاح.

الرّجل فهي طلاق»[١].

المصدر الخامس: أقوال الأئمة المجتهدين، مثل: «الأجر والضّمان لا يَجتمعان»، و«لا ينسب إلى ساكتٍ قولٌ»، ونحوه.

المصدر السّادس: استقراء المسائل الفرعيّة المتشابهة التِي مرجعها إلى مناط واحدٍ، مثل: «الحرّ لا يدخل تَحت اليد»، و«الرّضا بالشّيء رضا بِما يتولّدً عنه»، ونحوه.

وأغلب القواعد الفقهيّة التِي أوردها الفقهاء المجتهدون إنّما هي في مقام الاستدلال القياسيّ الفقهيّ؛ حيث تعتبر تعليلات للأحكام الفقهيّة الاجتهاديّة، ومسلك الاستدلال القياسيّ عليها، وهذا أيضاً من أعظم مصدرٍ لتقعيد القواعد وإحكام صيغها، وتلك التِي استنبطها الفقهاء المتأخّرون من خلال أحكام المسائل التِي أوردها أئمة المذاهب في كتبهم أو نقلت عنهم لا تَخرج عن نطاق أدلّة الأحكام الشّرعية الأصليّة، أو التّبعيّة[٢]، وأغلب قواعد الإمام ابن رشد في بداية المجتهد من هذا النّوع.

بناء على هذا، ذهب كثيرٌ من الباحثين المعاصرين في علم القواعد الفقهيّة إلى تقسيمها عدّة أقسامٍ باعتباراتٍ مختلفة منها:

أوّلاً: من حيث الشّمول والامتداد إلى ثلاثة أقسام[٣]:

(أ) القواعد الممتدّة على أبواب الفقه جميعها، ولا يَخلو بابٌ من فروعها، وهي القواعد الخمس الكبرى:

---

(١) نُسب إلى الإمام إبراهيم النّخعي، انظر: الفروق الجليّة ص ١١٢.

(٢) انظر: الوجيز ص ٣٥.

(٣) انظر: القواعد القرّافيّة ١/٢٥٦-٢٥٨.

١- الأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا.

٢- اليَقِينُ لا يَزُولُ بالشَّكِّ.

٣- المَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ.

٤- الضَّرَرُ يُزالُ.

٥- العَادَّةُ مُحكَّمةٌ.

(ب) القواعد الشّاملة لأبواب كثيرةٍ، ولا تختصّ بباب مُعيَّنٍ، إلاّ أنّها أقلّ شُمولاً من سابقتها، وعبّر عنها الإمام السّيوطيّ بقوله: ((قواعد كلّيّةٌ يَتخرّج عليها ما لا يَنحصر من الصّور الجزئيّة))[١]، وذكر منها أربعين قاعدة[٢]، منها: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)، و(لا يُنسب للسّاكت قول)، و(الميسور لا يسقط بالمعسور).

(ت) القواعد الممتدّةعلى أبوابٍ معيّنة فحسب،وفروعها محدودةٌ،وقد يطلق عليها:(القواعد الخاصّة)، من أمثلتها: (الأصل في الأموال العصمة)، و(الأصل في العقود اللّزوم).

ثانياً: من حيث الاتّفاق عليها وعدمه، إلى قسمين أساسين[٣]:

---

(١) أشباه السّيوطيّ ص ٢٠١ فما بعدها.

(٢) في الكتاب الثّاني من الأشباه والنّظائر ص٢٠١ فما بعدها،وجمع ابن نجيم(١٩) قاعدة في النّوع الثّاني من القواعد في أشباهه ص ٤٣٩ فما بعدها، والإمام تاج الدّين السّبكي من هذا النّوع (٢٦) قاعدة.

انظر: أشباه السّبكي ١٢/١ فما بعدها، و١٥٥، وأشباه السّيوطي ص ٢٠١، فما بعدها، والقواعد القرّافيّة ٢٥٧/١-٢٥٩-٢٦٢، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٩٤، و١٩٥، ومقدّمة محقّق قواعد المقرّي ١١٠/١، والوجيز ص ٢٦.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

القسم الأوّل: قواعد متّفقٌ عليها، وهي التِي اتّفق عليها الفقهاء في الجملة على اختلاف مذاهبهم، وإن وقع بينهم خلافٌ في بعض جزئياتها، وهذا يشمل نوعين:

الأوّل: قواعدُ أساسيّةٌ،وتشمل القواعد الخمس الكبرى المتّفق عليها، والتِي تعدُّ أمّهات قواعد الإسلام، وتُبْنَى عليها معظم المسائل والأحكام.

النّوع الثّاني: قواعدُ كلّيّةٌ، وهي تلك القواعد التِي يَتخرّج عليها ما لا ينحصر من الصّور الجزئيّة، إلاّ أنّها أقلّ اتِّساعاً وشُمُولاً من القواعد الخمس السّابقة، من أمثلتها: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)، (والميسور لا يسقط بالمعسور).

القسم الثّاني: قواعد مُخْتَلَفٌ فيها، وهي التِي وقع فيها خلافٌ بين الفقهاء في جميع المذاهب، أو داخل مذهبٍ معيَّنٍ، وترتّب على ذلك اختلافٌ في جزئيّاها وتفريعاها، وغالباً ما يورد هذا النّوع بصيغة الاستفهام للتّنبيه على الخلاف.

وهذا النّوع يكثر دورانها في كتب الفقه، سواء الفقه المذهبِي، أم فقه الخلاف وهو الذي يُعرَف اليوم بالفقه المقارَن، في معرض الحديث عن أسباب الاختلاف في المسائل الفقهيّة، ويقع ذلك عند الإمام ابن رشد عليه رحمة الله.

مِن أمثلتها: (مَن جرَى له سببٌ يقتضي المطالبة بالتّمليك، أيُعْطَى حكم مَن ملك أم لا؟)[1].

---

(١) انظر: الفروق ٢١/٣، ف (١٢١)، و٣١٤، وتهذيب الفروق ٣٣/٣-٣٦، =

ثالثاً: من حيث الاستقلال والتّبعيّة، إلى قسمين[١]:

الأوّل: قواعدُ مستقلّةٌ، أو أصليّةٌ، ويُمثّل لها بتلك القواعد الخمس الكبرى، والقواعد الأربعين التي أوردها الإمام السّيوطيّ.

القسم الثّاني: قواعدُ تابعةٌ، والمقصود بكونها تابعةً، أنّها تَخدم غيرها من القواعد، وذلك إمّا أن تكون مُفَرَّعةً عن قاعدةٍ أكبر منها، وتُمَثِّل جانباً منها، أو تطبيقاً لها في مجالٍ معيَّنٍ، من أمثلتها: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، بالنِّسبة لـ(الأُمور بِمقاصدها).

وإمّا أن تكون قيداً أو شرطاً في غيرها، مثل: (لا عبرة بالعرف الطّارئ)؛ فإنّهما من تطبيقات وقيود وشروط قاعدة: (العَادَّةُ مُحكَّمة).

وقد حاولت التّنبيه على أمثلتها حيث ورد في القواعد المدروسة غالباً.

وأمّا صياغة القواعد الفقهيّة؛ فالشّمول مع الإيجاز سِمَةٌ بارِزَةٌ من سِماتها؛ لأنّ مُهمّتها لا تَتَيَسَّر إلاّ بقدرتها على الالتصاق في الأذهان، وسرعة تذكّرها عند الحاجة إلى استدعائها في الجملة.

=

وقواعد المقرّي ٣١٦/١، ق (٩١)، والقواعد القرّافيّة ٢٦٠/١، و٥١٧/٢.

(١) انظر: أشباه السّيوطيّ ص ٢٠١ فما بعدها، والقواعد القرّافيّة ٢٦١/١-٢٦٢.

المبحث السّادس: حجّيّة القواعد الفقهية

القواعد الفقهيّة قواعدُ أغلبيَّةٌ؛ لوجود حالات استثنائيّة، وصور خاصّة تَتَخلّف فيها بعض جزئيّاتها،فهل ما هذه حالها تصحّ حجّةً يستند عليها الفقيه في بناء أحكامٍ شرعيّة؟

للفقهاء في مسألة حجّيّة القواعد الفقهيّة مذهبان:

المذهب الأوّل: مَنْ يرى أنّها لا تنهض دليلاً تُبْنَى عليها أحكامٌ شرعيةٌ مطلقاً، ولا يسوغ اعتبارها أدلّةً شرعيّةً لاستنباط الأحكام؛ لسببين:

الأوّل: أنّها ثَمرةٌ للفروع المختلفة، وجامعٌ ورابطٌ لها، وليس من المعقول أن تَجعَل ما هو ثَمرةٌ وجامعٌ أصلاً ودليلاً لاستنباط أحكام الفروع.

السّبب الثّاني: أنّ معظم هذه القواعد لا تَخلو عن المستثنيات؛ فقد تكون المسألة المبحوث عن حكمها من المسائل والفروع المستثناة، ولذلك لا يجوز بناء الحكم على أساس هذه القواعد، ولا يسوغ تَخريج أحكام الفروع عليها، ولكنّها تعدُّ شواهد مصاحبةً للأدلّة، يستأنس بها في تَخريج الأحكام للوقائع الجديدة قياساً على المسائل الفقهيّة المدوّنة[1].

وهذا غير مُسلّم على إطلاقه، خصوصاً وقد تقرّر أنّ القواعد الفقهيّة تَختلف باختلاف مداركها ومآخذها، وباختلاف أصولها ومصادرها، ثم من حيث وجود الدّليل على حكم المسألة المأخوذة عنها ثانياً.

---

(١) وهو في التّقرير الذي صدّرت به مَجلّة الأحكام العدليّة، ونسب إلى ابن نُجيم الحنفية، انظر: مقدّمة محقّق قواعد المقرّي١/١٦،و١١٧،والوجيز ص٣٨-٤٠،والقواعد الفقهيّة عند الحنابلة ص٥٨-٥٩.

المذهب الثّاني: مَن يرى حُجيّتَها، وإنزالها مَنْزلة النصّ الذي استندت عليه[١].

والحاصل أنّ القواعد الفقهيّة التي مصدرها النّصّ من الوحي بنوعيه، أو الإجماع تَتَميَّز عن التي ترجع إلى الأدلّة المختلَف فيها[٢]؛ من قياسٍ واستحسانٍ واستصحابٍ واستصلاحٍ وترجيحٍ، وكلّها تصلح لأن تكون دليلاً يستند إليها الفقيه في استنباط الأحكام ما دامت هي تستند إلى أصلٍ أو دليلٍ من أدلّة الشّريعة[٣].

ومنهج إنزال القواعد –بالمفهوم المذكور– مَنْزِلَةَ النّصّ، هو ما درج عليه كثيرٌ من الفقهاء المحقّقين منهم: الإمام أبو الوليد ابن رشد في (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، وأبو العبّاس القرافي، والإمام أبو عبد الله ابن عرفة (ت ٨٠٣هـ)[٤]، وأبو محمّد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسيّ (ت

---

(١) انظر: مقدّمة محقّق قواعد المقرّي١/١١٦-١١٨،وقواعد الفقه الإسلامي ص١٢٠،والوجيز ص٣٨.

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ٣٥٠.

(٣) انظر: شرح القواعد للزّرقا ص ٣٥، والوجيز ص ٣٧، و٤٢، والقواعد الفقهيّة في المغني ص ١٠.

(٤) حيث أجاب عن سؤالٍ سُئلَ: بأنّ مَن عرف قواعد المذهب، ومشهور أقواله، والتّرجيح والقياس، يَجوز له بعد بذل جهده في تذكّر قواعد المذهب أن يقول في طريق من الطّرق:هذا مذهب مالكٍ؛ فإذا جاز نسبة القول إلى المذهب بناء على القاعدة، جاز الحكم بها.

انظر: مواهب الجليل ١/٥٣، ومقدّمة محقّق قواعد المقرّي ١/١١٨، والقواعد القرّافية ١/٢٢١.

٦٢٠هـ) في كتابه: (المغني)[1].

قال في الفروق: «القاعدة: أنّ قضاء القاضي ينقض إذا خالف أربعةَ أشياء: الإجماع، أو القواعد، أو النّصوص، أو القياس الجلِيّ»[2].

وقال في موضعٍ آخر: «تنبيه: كلّ شيءٍ أفتَى فيه المجتهدُ فَخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع، أو القواعد، أو النّصّ، أو القياس الجليّ السّالم عن المعارض الرّاجح؛ لا يجوز لمقلّده أن ينقله للنّاس، ولا يُفتِي به في دِين الله تعالى، فإن هذا الحكم لو حكم به حاكمٌ لنقضناه...»[3]، فجعل الفتيا بِخلاف القاعدة مُوجِبةً لنقضها؛ لأنّه جعلها في درجة الحجج القويّة التِي ينقضُ لها حكم القاضي إذا حكم بخلافها، وهي النّصّ والإجماع، والقياس الجليّ، شريطةَ سلامتها كلّها عن المعارض الرّاجح[4]، وفي ذلك رَفْعٌ مِن درجة الاحتجاج بالقاعدة الفقهيّة.

فالخلاصة أنّ القاعدة الفقهيّة التِي مصدرها نصٌّ من نصوص الشّرع: الكتاب أو السّنة، أو قائمةٌ على الإجماع، فهي دليلٌ شرعِيٌّ بالاتّفاق، وحجّةٌ بذاتها بلا خلافٍ، قبل أن تكون قاعدةً أو تَجري مجرى القاعدة، وكونها جرت مجرى القاعدة لا يُخرجها عن كونها دليلاً شرعيّاً معمولاً به.

---

(١) انظر: مقدّمة محقّق قواعد المقريّ ١/١١٧، و١١٨، والقواعد الفقهيّة من المغنِي ص ٣٨-٣٩.

(٢) الفروق للقرافي ١/٧٥، و٤/٤٠، وانظر: تنقيح الفصول ١/١٤٠-١٤١، و١٤٧، وشرح تنقيح الفصول ص ٣٣٩، والقواعد القرّافيّة ١/١٨٠-١٨٤.

(٣) الفروق للقرافيّ ٢/١٠٩، و١/٢١٥، وانظر: مقدّمة محقّق قواعد المقرّي ١/١١٧.

(٤) انظر: الفروق ١/٢١٥، و٤/٤٠.

فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾[(١)]؛ فهذا النّصُّ القرآنيُّ الكريمُ دليلٌ شرعِيٌّ، يفيد حلّ البيع وحرمة الرّبا، وهو في الوقت نفسه يصلح قاعدةً فقهيّةً جاهزةً، تشمل أنواع البيوعِ المختلفةِ، ومسائل الرّبا المتعدِّدة، كما يُسْتَثْنَى منها بعض أنواع البيوع المحرّمة، وبعض مسائل الرّبا إمّا بالنّصّ، وإمّا بالتّخريج[(٢)].

وقوله ﷺ[(٣)]: «لا ضرر ولا ضرار»، و«الخراج بالضّمان»، وغيرهما من جوامع كلمه ﷺ، فهي بذاتها أدلّةٌ شرعيّةٌ، وقواعدُ فقهيّةٌ جاهزةٌ، يستند إليها في استنباط الأحكام، وإصدار الفتاوى وإلزام القضاء بها[(٤)].

وما كانت من غير النّصّ، وهي نوعان:

الأوّل: قواعدُ فقهيّةٌ أوردها الفقهاء والمجتهدون، استنبطوها من أحكام الشّرع العامّة، وقد استدلوا لَها بِنصوصٍ تشملها من الكتاب والسّنة والإجماع ومعقول النّصوص؛ فحكمها حكم سابقتها، فهي أيضاً حجّةٌ لما استندت إليها.

النّوع الثّانِي: قواعدُ فقهيّةٌ أوردها الفقهاء المجتهدون في مقام الاستدلال القياسيّ الفقهيّ؛ حيث تعدُّ تعليلاتٍ للأحكام الفقهيّة الاجتهاديّة، ومسالكَ الاستدلال القياسيّ عليها، فهي أيضاً حجّةٌ؛ لأنّها لا تخرج عن نطاق أدلّة الأحكام الشّرعيّة الأصليّة أو التّبعيّة الفرعية؛

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٢) انظر: الوجيز ص ٤٠.

(٣) الحديثان يأتي تخريجهما في موردهما في صلب البحث إن شاء الله تعالى.

(٤) انظر: الوجيز ص ٤١.

فالنّاظر لهذه القواعد، والباحث عن أدلّة ثبوتها وأساس التّعليل بها، يراها تَندرج كلٌّ واحدةٍ منها تَحت دليلٍ شرعيٍّ، إمّا الأدلّة المتّفق عليها؛ كالكتاب والسّنة والإجماع، وإمّا من الأدلّة الأخرى؛ كالقياس والاستصحاب والمصلحة والعرف والاستقراء وغير ذلك مِمّا يستدلّ به على الأحكام؛ لأنّه لا يُعْقَلُ ويُسْتَبْعَدُ جدّاً أن يبنِي فقيهٌ مجتهدٌ حكماً لِمسألة فقهيّة مُعتمداً على الهوى والتّشهّي[1].

أمّا قول المنكرين بأنّ القواعد الفقهيّة ثَمرةٌ للأحكام العرفية المختلفة، وجامعٌ لها، ولذلك لا يصلح أن تُجْعَلَ دليلاً لاستنباط أحكام هذه الفروع؛ فيُجابُ عنه:

بأنّ كلّ قواعد العلوم إنّما بُنيَت على فروع تلك العلوم، وكانت ثَمرةً لها، وأقرب مثالٍ لذلك؛ قواعد الأصول، وبخاصّة عند الحنفية؛ حيث استنبطت من خلال أحكام المسائل الفرعيّة المنقولة عن الأئمة الأقدمين، ولم يقل أحدٌ إنّه لا يَجوز أن يستند إلى تلك القواعد لتقرير الأحكام واستنباطها.

وكذلك قواعد اللّغة العربية التِي استنبطها علماء اللّغة من خلال ما نطق به العرب الفصحاء قبل أن تشوب ألسنتهم العجمة واللّحن، وهي القواعد التِي يستند إليها في استنباط أحكام اللّغة والبناء عليها، بلا نكيرٍ، ولم يقل أحدٌ: إنّ هذه القواعد لا تصلح لاستنباط أحكام العربية؛ لأنّها ثَمرةٌ للفروع الجزئيّة.

وأمّا احتجاجهم بأنّ القواعد الفقهيّة كثيرة المستثنيات؛ فيمكن أن

---

(١) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ٣٥٠، والوجيز ص ٣٣-٣٥، و٦٩.

يستنبط حكم المسألة من قاعدة، وتكون هذه المسألة خارجةً ومستثناةً عن تلك القاعدة؛ فهذا يُجاب بما ذكر هناك عند الحديث عن كلّيّة القاعدة وأغلبيّتها.

بهذا تقرّر حُجّيّةُ القواعد الفقهيّة، وثبتت صحّةُ الاستدلال بها، والاستدلال عَرَّفَهُ الإمام القرافي -رحمه الله تعالى- بقوله: مُحاولة الدّليل المفضي إلى الحكم الشّرعيّ من جهة القواعد لا من جهة الأدلّة المنصوبة، وفيه قاعدتان...،

القاعدة الثّانية: أنّ الأصل في المنافع الإذن، وفي المضارّ المنع؛ بأدلّة السّمع لا بأدلّة العقل،وقد تعظم المنفعةُ فيصحبها النّدب أو الوجوب مع الإذن،وقد تعظم المضرّة فيصحبها التّحريم على قدر رتبتها؛ فيستدلّ على الأحكام بهذه القاعدة، يعلم ما يصحبه الوجوب أو النّدب، أو التّحريم أو الكراهة بنظائره من الشّريعة وما عهدناه في تلك المادّة[1].

---

(١) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٥٤-٣٥٥.

المبحث السّابع: أهميّة القواعد الفقهية وشرفها

أهميّة هذا الفنّ تَكمن في مُجرّد اللّقب الذي توسّم به، ويَحمل من القيم العلميّة والمعانِي العقليّة ما لا يَخفَى؛ فهي[1]:

(**قواعد**)، والقاعدة هي ثَمرةٌ ونَتيجةٌ لا يُتَوصَّل إليها إلاّ بِمجهودٍ علميٍّ كبيرٍ، وبعد تَجربةٍ وزمانٍ طويلٍ.

وهي (**أصول**)، وفي هذه الكلمة مثل ما في سابقتها من القيمة العلميّة والعقليّة.

وهي (**كلّيّة**)، وفي هذه الكلمة ما فيها من معنَى الشّموليّة وقوّة الانطباق والسّريان، ولا يغضّ من ذلك كونها أغلبيّةً وغير مطّردةٍ في بعض الأحيان.

وهي (**فروق**)، وفي هذه الكلمة ما فيها من معانِي الضّبط والموازنة بين المسائل الفقهيّة التي تبدو في ظاهرها أنّها مُتشابِهةٌ أو مُتجَانِسةٌ، لكنّها في حقيقة الأمر متباينةٌ بعد عميق النّظر ودقيق الملاحظة.

وهي (**أشباه ونظائر**)، وفي هاتين الكلمتين ما فيهما من المعانِي الدّالّة على المنهاج القياسيّ الذي ينطق برحابة مضامين هذه القواعد، ويَمدّها بعنصر الوحدة والتّجميع والرّبط والتّأصيل.

فالقواعد الفقهيّة من خلال هذه الأسماء والألقاب والمصطلحات التِي تطلق عليها، تستطيع هي بنفسها أن تعرّف بِحقيقتها وقيمتها؛ إذ مِن مدلولات هذه الأسماء والألقاب يمكن التّصوّر الكامل عن المراحل

---

(١) انظر: قواعد الفقه الإسلامي ص ١٢١.

والجهود العقليّة والعلميّة التي تتولّد من خلالها القواعد الفقهيّة، كما أنّ هذه الألقاب تعطي صورةً واضحةً عن مكانة هذه القواعد وتكشف عن قيمتها العلميّة، وتبرز مَنْزِلتها في الفقه الإسلاميّ.

وقد تضمّن كلام صاحب الفروق الإعلاء بشأنها، والإشادة بمكانتها في الفقه، وقيمتها في علم الفروع، واحتياج الفقيه والمفتي والقاضي إليها، وبيّن أنّهم بدونها لا شيءَ، وأنّهم بها كلّ شيءٍ، وأنّ قواعد الفقه ثانية اثنَين لأصول الفقه، يقول فيه: «والقسم الثّاني: قواعدُ كلّيّةٌ فقهيّةٌ جليلةٌ كثيرةُ العدد، عظيمةُ المدد، مشتملةٌ على أسرار الشّرع وحِكَمِه، لكلّ قاعدةٍ من الفروع في الشّريعة ما لا يُحْصَى، ولم يُذْكَر منها شيءٌ في أصول الفقه، وإن اتّفقت الإشارةُ إليه هنالك على سبيل الإجمال؛ فبقي تفصيله لم يتحصّل.

وهذه القواعد مُهمَّةٌ في الفقه، عظيمةُ النّفع، وبقدر الإحاطة بها يَعْظُمُ قَدْرُ الفقيه ويَشْرُفُ، ويَظْهَرُ رونقُ الفقه ويُعْرَفُ، وتَتَّضِحُ مناهجُ الفتاوى وتُكْشَفُ، فيها تَنَافَسَ العلماءُ، وتَفَاضَلَ الفضلاءُ، وبَرَزَ القَارِحُ على الجذع، وحَازَ قَصَبَ السّبق مَنْ فيها بَرَعَ، ومَن جَعَلَ يُخرِّجُ الفروع بالمناسبات الجزئيّة دون القواعد الكلّيّة، تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيّات التي لا تتناهَى، وانتهى العمرُ ولم تقضِ نفسه من طلب مناها، ومَن ضَبَطَ الفقهَ بقواعده استغنَى عن حِفْظِ أكثر الجزئيّات؛ لاندِرَاجِهَا في الكلّيّات، واتَّحَدَ عنده ما تَنَاقَضَ عند غيره وتَنَاسَبَ، وأَجَابَ الشَّاسِعَ البَعِيدَ وتَقَارَبَ، وحصل طلبته في أقرب

الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقـامَين شـأوٌ بعيدٌ، وبين المَنْزِلَتين تفاوتٌ شديدٌ»[١].

وقال في الأمنية: «إذا خَرَجَتِ الفروعُ الكثيرةُ على قاعدةٍ واحدة؛ فهو أَولَى مِن تَخريج كلّ فرعٍ بِمعنًى يَخصّه؛ لأنّه أَضْبَطُ للفقيه، وأَنْـوَلُ للعقل، وأَفْضَلُ في رتبة الفقه، وليكن هذا شأنك في تَخريج الفقه، فهـو أَولَى بِمَن عَلَتْ همَّتُهُ في القواعد الشّرعية»[٢].

وقال في الأشباه والنّظائر: «معرفة القواعد التِي تُرَدُّ إليهـا، وفرّعـوا الأحكام عليها، وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبِها يرتَقي الفقيه إلى درجـة الاجتهاد ولو في الفتوى»، ثم قال: «الضّوابط وما دخل فيها وما خرج عنها، وهو أنفع الأقسام للمدرِّس والمفتِي والقاضي...»، ثم قال: «ولعَمْـرِي؛ إنّ هذا الفنّ لا يُدرَك بالتَّمَنِّي، ولا ينال بسوف ولعلّ ولو أنِّي، ولا يناله إلاّ مَنْ كشف عن ساعد الجدّ، وشَمَّرَ واعتزل أهله وشدّ المئزر، وخاض البحـار، وخالط العجاج، يدأب في التّكرار والمطالعة بُكرَةً وأصيلاً...»[٣].

وقال في الغياثِيّ: «إنّ المفتِي هو المتمكّن من درك أحكام الوقـائع على يسيرٍ من غير معاناة تُعْلَمُ، وهذه الصّفةُ تَستَدعِي ثلاثة أصناف مـن العلوم:...، والصّنف الثّانِي من العلوم: الفَنُّ المتَرجَمُ بالفقه، ولا بدّ مـن التّبحّر فيه، والاحتواء على قواعده ومآخذه ومعانيه...، وأهمّ المطالب في

---

(١) الفروق للقرافي ١/٣، وانظر: القواعد القرافيّة ١/١٧٨.

(٢) الأمنية في إدراك النّيّة، للإمام القرافي ص ٦٢.

(٣) أشباه ابن نُجيم ص ١٥-١٧.

الفقه؛ التّدرّب في مآخذ الظّنون في مجال الأحكام، وهذا هو الذي يُسَمَّى فقه النّفس، وهو أنفس صفات علماء الشّريعة.

والصّنف الثّالث من العلوم: العلم المشهور بأصول الفقـــه، ومنـــه يستبان مراتب الأدلّة وما يقدَّم منها وما يُؤَخَّر،ولا يرقى المرءُ إلى منصب الاستقلال دون الإحاطة بهذا الفنّ»[1].

قال في الأشباه والنّظائر: «حقٌّ على طالب التّحقيق ومَن يتشوّق إلى المقام الأعلى في التّصوّر والتّصديق أن يَحْكُمَ قواعد الأحكام؛ ليرجع إليها عند الغموض، وينهض بعبء الاجتهاد أَتَمَّ نهوضٍ، ثم يؤكّدها بالاستكثار من حِفْظِ الفروع لِتَرْسَخَ في الذّهن مُثمِرَةً عليه بفوائدَ غَيْرِ مقطوعٍ فضلُهَا ولا مَمنوعٍ.

أمّا استخراج القوى وبذل المجهود في الاقتصار على حِفْظِ الفـــروع من غير معرفة أصولها، ونَظْمِ الجزئيّات بدون فَهْمِ مأخذها؛ فلا يرضـــاه لنفسه ذو نفسٍ أبيّة، ولا حامله مِن أهل العلم بالكلّيّة...، الوجه لكـــلّ مُتَّخذٍ للإقلال بأعباء الشّريعة معه أن يَجعل الإحاطة بالأصـــول ســـوقه الألذّ، وينصّ مسائل الفقه عليها نَصَّ مَن يُحَاوِلُ بإيرادها تهذيب الأصول، ولا يَنْزف حمام ذهنه في وضع الوقائع مع العلم بأنّهـــا لا تنحصـــر مـــع الذّهول عن الأصول.

وإن تَعَارَضَ الأمران، وقَصُرَ وَقْتُ طالب العلم عن الجمع بينـــهما؛ لضِيقٍ أو غيره من آفات الزّمان؛ فالرّأي لذي الذّهن الصّحيح الاقتصـــار

(١) غياث الأمم في التّياث الظُّلَم للإمام الجوينِي ص ١٨١.

على حِفْظِ القواعد وفهم المآخذ»[١]، لله درّ قائله؛ حيث وجَّه وأرشد، وبيّن وأفصح أيّما الإفصاح في التّوجيه والإرشاد، رحم الله علماء هذه الأمّة سَلَفاً وخَلَفاً، اللهمّ آمين.

وقال في المنثور: «إنّ ضبط الأمور المنتشرة المتعدِّدة في القوانين المتَّحِدَّة، هو أَوْعَى لِحِفْظِهَا، وأَدْعَى لِضبطها، وهي إحدى حكم العدد التي وُضِعَ لأجلها، والحكيم إذا أراد التّعليم،لا بدّ له أن يَجمع بين بيانين: إجمالِيّ تتشوّف إليه النّفس،وتفصيليّ تسكن إليه»[٢].

وجاء في مطلع كتاب الأشباه والنّظائر: «اعلم؛ أنّ فنّ الأشباه والنّظائر فنٌّ عظيمٌ، به يطّلع على حقائق الفقه ومداركه،ومآخذه وأسراره، ويتمهّر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلْحاق والتّخريج،ومعرفة أحكام المسائل التِي ليست بِمسطورةٍ،والحوادث والوقائع التِي لا تنقضي على مَرِّ الزّمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النّظائر»[٣].

---

(١) أشباه تاج الدِّين السّبكي ١/١٠-١١.

(٢) المنثور للزّركشي ١/١١.

(٣) أشباه السّيوطيّ ص ٣١.

وتعقّب د/ محمّد الرّوكِي على السّيوطي بقوله في قواعده ص ١٢٣: «السّيوطي هنا يشير إلى مزيّة أخرى هي القدرة على الإلْحاق والتّخريج، ومعرفة أحكام ما لا نصّ فيه من المسائلِ؛ فإن كان مراده بهذه القدرة؛ مجرَّد تَمهيد الطّرق وتذليل السّبل والمسالك للتّمكّن من الإلْحاق والتّخريج واستنباط الأحكام فنعم، وإن كان يريد بذلك أنّ القواعد الفقهيّة هي بذاتها توصل إلى مرتبة استنباط أحكام ما لا نصّ فيه؛ فلا نوافقه على ذلك؛ لأنّ هذه مرتبة اجتهادٍ، والقواعد الفقهيّة وحدها لا تكفي =

وقال في تقرير القواعد: «فهذه قواعدُ مُهمَّةٌ، وفوائدُ جَمَّةٌ، تَضْبُطُ للفقيه أصول المذهب، وتُطْلِعُهُ من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تَغَيَّبَ، وتُنَظِّمُ له منثور المسائل في سلكٍ واحدٍ،وتُقيِّدُ له الشّوارد،وتُقَرِّبُ عليه كلّ متباعدٍ؛فَلْيُمْعِنِ النّاظر فيه النّظر، وليوسِّع العذر؛إنّ اللّبيب مَن عذر»[1].

هكذا، لا يكاد يوجَدُ فقيهٌ كَتَبَ في موضوع القواعد الفقهيّة إلاّ ويذكر هذه المزايا، ويشيد بها، ويَمتدح بها القواعد الفقهيّة، لِما فيها من القدرة على إلْحاق المسكوت بالمنطوق، وتَخريج الفروع على الأصول، ومعرفة أحكام ما لا نصّ فيه من المسائل.

لهذا، كان نيل هذه القواعد وإدراكها من صعاب المباحث الفقهيّة، وأبعدها شأواً، يقول في الأشباه والنّظائر: «ولعمري؛ إنّ هذا الفنّ لا يُدرَك بالتَّمَنِّي، ولا يُنالُ بسوفَ ولعلَّ ولَو أنّي، ولا يبلغه إلاّ مَنْ كشف عن ساعد الجدّ وشَمَّرَ، واعتزل أهله وشدّ المئزر، وخاضَ البحار وخالط العجاج،

=

لمباشرة عمليّة الاجتهاد والاستنباط، اللهم إلاّ أن يكون مقصوده بهذه القواعد كافّتها، أي: بما فيها القواعد الفقهيّة الأصوليّة فنعم حينئذ».

وفي نظري أنّ كلام السّيوطيّ لا يَحتاج إلى هذا التّعقيب؛ فإنّ مدلول كلمتي (الأشباه والنّظائر) نصّاً ومفاداً هو المنهاج القياسي، وهو إلْحاق المسكوت عنه بالمنطوق به، وهذا هو القياس عينه، والقياس وسيلةٌ كبرى للاجتهاد، ولذلك قوّى السّيوطي موقفه بكلام عمر بن الخطاب رضي الله في كتابه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفيه: «...اعرف الأمثال والأشباه، ثم قِسْ الأمور عندك...»، وهذا نصٌّ صريحٌ في أنّ القدرة تحصل للفقيه عند معرفته الأشباه والنّظائر، وهذه القدرة تؤهّله لعمليّة القياس، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

(١) قواعد ابن رجب الحنبلي ص ٣١.

ولازم التّرداد إلى الأبواب في اللّيل الدّاج، يدأب في التّكرار والمطالعة بكرةً وأصيلاً، وينصب نفسه للتّأليف والتّحرير بياتاً ومقيلاً...»[1].

وحُقَّ لِهذا الفنّ أن يُعنَى به؛ وهو الذي[2]:

١- يخضع له كلّ ما تعجّ به الدّنيا من النّوازل الصّغيرة والكبيرة، الفرديّة والجماعيّة.

٢- معرفتها خير معينٍ على إدراك مقاصد الشّريعة وأسرارها.

٣- تَجمع الفروع والجزئيّات المتناثرة؛ لأنّ الإحاطة بالفروع الفقهيّة غير مُمكنة؛ لأنّها غير مُنحصرة، كما أنّها سريعة النّسيان، ولا تثبت في الذّهن.

٤- تُخوّل للطّالب ملكةً علميّةً،وتؤهّل العالم لرتبة الاجتهاد،وتُمكّنه من التّخريج والإلحاق.

وهذه العقليّةوالملكة المقتدرة على التّقعيد والتّأصيل،وجودة الصّياغة، عَالَمُنا اليوم أحوج إليها من ذي قبلٍ، والفقه المعاصر الذي يواجهه العديد من القضايا والمشاكل التي تزخر فيها الحياة الاجتماعية اليومية في شتّى مجالاتها، هو أشدّ حاجةً إلى الفكر التّقعيديّ الأصوليّ الفقهيّ الذي به يستطاع ردّ كلّ قضيّةٍ وكلّ نازلةٍ إلى أصلٍ في الشّرع، ثم استنطاق ذلك التّراث الفقهيّ الزّاخر بقواعده الفقهيّة، الذي دوّن فيه الفقهاء عصارات جهودهم، ومنتهى ما وصلوا إليه في عمليّة التّقعيد والتّأصيل، وطرائق الاستنباط وأساليب الفهم والتّفقه، حتّى نستطيع أن نستوعب واقعنا

---

(١) أشباه السّيوطيّ ص ٢٦، ونحوه لابنِ نُجيم في أشباهه ص ١٧.

(٢) انظر: الموافقات ٧٦/٤، ومقدّمة محقّق قواعد المقرّي ١١٢/١-١١٣، وبداية المجتهد لابن رشد وأثره في الفقه المقارن ص ١٦/١٥.

بِمدارِكَ مُمْتَدَّة من الماضي إلى الحاضر؛ فنربط حاضر الأمّة المشرق بِماضيها المضيء[١].

قال الإمام القرافي في الفروق: «الفقه مع مَنْ كانت القواعد والنّصوص معه أظهر»[٢]، وفيه: الجمع بين النّصوص والقواعد هو المنهج القويم[٣]،وقال في الذّخيرة:«مَنْ كان أعلمَ بالأصل[٤]كان أعلمَ بالفرع»[٥].

ومِمّا أثر عن العرب في أهمّيّة معرفة الأصول والقواعد لأيّ علمٍ: «إذا ثبتت الأصول في القلوب نطقت الألسن بالفروع»[٦].

وقول قائلٍ[٧]:

لَن تبلغ الفرعَ الذي رُمْتَهُ إلاّ بِبَحْثٍ منكَ عن أُسِّهِ

وأختتم هذا المبحث بكلام الإمام الفقيه القاضي أبي الوليد ابن رشد رحمه الله، ذلك العالِم الخبير المجرِّب، أنقل كلامه الذي أكّد به أهمية

---

(١) انظر: قواعد الفقه الإسلامي ص ١٢٥، والوجيز ص ٢٣-٢٥، والقواعد القرّافية ١/٢٨-٣٠، والفروق الجليّة ص ١١٦-١٢٢، والقواعد الفقهيّة في المغني ص ٨-١٠، والقواعد الفقهيّة عند ابن القيّم ص ١٨٩، و١٩٢.

(٢) الفروق للقرافي ٤/٧١.

(٣) انظر: الفروق ٤/٨٢.

(٤) المراد بالأصل في مثل هذه النّصوص القاعدةُ الفقهيّةُ، يشهد له قول العلاّمة الدّسوقي محشيّاً على قول العلاّمة الدّردير: «قوله: باعتبار أصلٍ، أي: قاعدة كلّيّة»، حاشية الدّسوقي ٤/١٢٩.

(٥) الذّخيرة للقرّافي ١/٣٤، وانظر: ص ٥٥، و٣٦٩.

(٦) نسبه الحافظ ابن عبد البرّ للأصمعِيّ في جامع بيان العلم وفضله ٢/٧٨، قال: سمعه من أعرابيٍّ.

(٧) هو صالح بن عبد القدّوس، انظر: جامع بيان العلم وفضله ٢/٧٨.

القواعد -أصوليّة أو فقهيّة-، وأنّ بها يصير أيّ عالمٍ فقيهاً، لا بحفظ مسائلَ فرعيّةٍ مَهما بلغ عددها، فكأنّ سائلاً سأله: مَنْ هو الفقيه؟ فأجابه، وضرب أروع مثلٍ للإفهام والإقناع.

الفقيه عند الإمام ابن رشد:

يرى كثيرٌ أنّ الفقيه هو مَن يَتّصف بقدرٍ مُمكنٍ من المسائل الفقهيّة حفظاً، وأمّا المؤلّف؛ فإنّه يرى غير ذلك؛ فإنّ الفقيه عنده هو مَن يَتّصَف بقدرٍ مُمْكنٍ من القواعد، يستطيع بها تصوير مسألةٍ ما عند عرضها عليه، وإعطاء الحكم لها على ضوء الأدلّة، ولو لم يكن يَحفظ مسائل فقهيّةً كثيرةً، قال رحمه الله تعالى:

«فإنّ هذا الكتاب إنّما وضعناه ليبلغ به المجتهدُ في هذه الصّناعة رُتبةَ الاجتهاد، إذا حصل ما يَجب له أن يَحصل قبله من القدر الكافي له في علم النّحو واللّغة وصناعة أصول الفقه، ويكفي من ذلك ما هو مساوٍ لجرم هذا الكتاب أو أقلّ، وبهذه الرّتبة يُسَمَّى فقيهاً لا بحفظ مسائل الفقه، ولو بلغت في العدد أقصَى ما يُمكن أن يَحفظه إنسانٌ، كما نَجد مُتَفَقّهة زماننا يظنّون أنّ الأفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر،وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لِمَن ظَنّ أَنَّ الخَفَّاف هو الذي عنده خفَافٌ كثيرةٌ، لا الذي يقدر على عَملها، وهو بيِّنٌ أنّ الذي عنده خفَافٌ كثيرةٌ سيأتيه إنسانٌ بقَدَمٍ لا يَجد في خفَافه ما يصلح لقدمه، فيلجأ إلى صانع الخفَاف ضرورَةً، وهو الذي يصنع لكلّ قَدَمٍ خُفّاً يوافقه؛ فهذا هو مثالُ أكثر

المتَفَقِّهة في هذا الوقت»[1]، يا سبحان الله! لله در هذا الإمام المُلْهَم، وهذا يبيّن مدى قوّة إدراكه وذكائه ومكانته العلميّة العاليّة، وإلْمَامه بقواعد الفقه أصولاً وفروعاً، تقعيداً وتَخريجاً.

(١) بداية المجتهد ٢/١٩٥.



القسم الأوّل: ترجمةٌ موجزةٌ لابن رشد الحفيد، وتعريف بكتابه: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

وفيه فصلان:

الفصل الأوّل: ترجمةٌ موجزةٌ لابن رشد الحفيد.

الفصل الثّانِي: تعريفٌ بكتابه: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد).



الفصل الأوّل: ترجمةٌ موجزةٌ لابن رشد الحفيد،

وفيه ثمانية مباحث:

المبحث الأوّل: اسمه، مولده، أسرته.

المبحث الثّاني: طلبه للعلم.

المبحث الثّالث: شيوخه.

المبحث الرّابع: تلاميذه.

المبحث الخامس: مؤلّفاته.

المبحث السّادس: مكانته العلميّة وصفاته، عقيدته، ومذهبه الفقهيّ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأوّل: مكانته العلميّة وصافته.

المطلب الثّاني عقيدته.

المطلب الثّالث: مذهبه الفقهيّ.

المبحث السّابع: ثناء العلماء عليه.

المبحث الثّامن: وفاته.

الفصل الأوّل: ترجمةٌ موجزةٌ لابن رشد الحفيد

الإمام ابن رشد أحدُ أبرز أعلام الأمّة الذين أضاءت أسماؤهم الشّريفة في تاريخها الكبير الحافل، وعظم الانتفاع بهم وبآثارهم، وانتهت إليه الرّئاسة في فقه الخلاف، -الفقه المقارَن- في عصره،فهو أجلّ مِنْ أن يُعرَفَ أو ينوّه به، وبرسوخ قدمه وعلوّ شأنه في علوم الإسلام من خلال أسطرٍ قليلةٍ تاليةٍ، والمقصود إعطاء نبذةٍ يسيرةٍ يُميَّز به عن غيره.

وقد سبقنِي عددٌ كبيرٌ جدّاً إلى دراساتٍ علميّةٍ قيّمةٍ سواء في شخصية الإمام ابن رشد أم في كتابه (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) أو غيره من كتبه وآثاره العلميّة، من ذلك:

أوّلاً: دراساتٌ واردةٌ في مقدّمات تَحقيق كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الذي حظي بعناية العلماء قديماً وحديثاً، وقد ضمّن مُحقّقوه ترجمة عن حياة الإمام، وعن كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد باختصارٍ.

ثانياً: مقدِّمة محقِّق كتابه: (الضّروريّ في صناعة النّحو)، تَحقيق: د.منصور عليّ عبدالسّميع.

ثالثاً: رسائلُ جامعيّةٌ مستقلّةٌ عن الإمام ابن رشد، وكتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد، منها:

١-بداية المجتهد لابن رشد وأثره في الفقه الإسلاميّ المقارن، إعداد: عبد الرّحمن عبيد إمام الشّافعيّ،إشراف طنطاويّ مصطفى طنطاويّ، رسالة الدّكتوراه،بجامعة الأزهر،كلّيّة الشّريعة والقانون،عام: ١٤٠٠هـ.

وقد بلغ عدد الرّسائل المسجّلة لدى مركز الملك فيصل للبحوث

والدّراسات الإسلاميّة، ومعهد البحوث العلميّة وإحياء التّراث الإسلاميّ بأمّ القرى، ثَماني (٨) رسائل[١].

منها ستّ (٦) رسائل لدرجة الماجستير، وهي في:

١-جامعة الإمام محمّد بن السّعود الإسلاميّة بالرّياض، كلّيّة الشّريعة، قسم أصول الفقه، عنوان الرّسالة: أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد في كتابه: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) قسم العبادات، تقديم: عمر بن صالح بن عمر، لنيل الماجستير.

٢-جامعة الإمام محمّد بن السّعود الإسلاميّة بالرّياض، كلّيّة الشّريعة، قسم أصول الفقه، عنوان الرّسالة: أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد في كتابه: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) في غير العبادات، تقديم: سيد محمّد محمّد عبد الله، لنيل الماجستير.

٣-جامعة أمّ القرى، بمكّة المكرّمة، الكلّيّة: الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، القسم: الفقه وأصوله، عنوان الرِّسالة: أثر التّعارض بين الأدلّة ودوافعه في فقه الأسرة والمعاملات والجنايات، دراسة تطبيقية من خلال كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، تقديم: محمّد حسين جمعان الغامديّ، لنيل الماجستير.

٤-جامعة أمّ القرى، بمكّة المكرّمة، الكلّيّة: الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، القسم: الدّراسات العليّا الشّرعية، عنوان الرِّسالة: توثيق

---

(١) وهذه القائمة قبل التّاريخ: ١٤٢٣/٨/١هـ، ما عدا رسالة الزّميل المذكورة، ممّا يَعني احتمال زيادة حركة البحث العلمي عن هذا العالم الجليل رحمه الله.

اتّفاقات ابن رشد في كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تقديم: هانِي أحمد عبد الشّكور، لنيل الماجستير.

٥- جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلاميّة، الكلّيّة: معهد الشّريعة، عنوان الرِّسالة: اختيارات ابن رشد في بداية المجتهد، مجال العبادات، تقديم: أحمد غرابِي، لنيل الماجستير.

٦- الجامعة الإسلاميّة العالميّة، ماليزيا، الكلّيّة: معارف الوحي والعلوم الإنسانيّة، عنوان الرِّسالة: منهج ابن رشد الفقهيّ: دراسة في بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تقديم: غالية بوهدة، لنيل الماجستير.

ورسالتان لدرجة الدّكتوراه كلتاهما في:

٧- جامعة الأزهر، الكلّيّة: الشّريعة والقانون، عنوان الرِّسالة: الفقيه ابن رشد وكتابه، تقديم: عبد الرّحمن عبيد إمام، لنيل الدّكتوراه.

٨- جامعة القاهرة، الكلّيّة: دار العلوم، القسم: الشّريعة الإسلاميّة، عنوان الرِّسالة: اتّفاقات ابن رشد الحفيد من خلال كتابه: بداية المجتهد، دراسة فقهيّة مقارنة في العبادات والأحوال الشّخصيّة، تقديم: الأمين عبد الحفيظ أبو بكر الرّغروغِي، لنيل الدّكتوراه.

٩- والأخرى في الجامعة الإسلاميّة بالمدينة المنوّرة، كلّية اللّغة العربيّة، قسم اللّغويّات، يعدّ هذه الرّسالة زميلي في الدّراسة، الأخ عبد القادر سيلا، غمبِي الجنسية[1].

(١) وقد أشرتُ عليه بهذا الموضوع، وهو مِن المواد العلميّة القيّمة المتوفّرة في كتاب بداية المجتهد، وقفتُ عليها أثناء اطلاعي لجمع قواعد الكتاب، وهناك مجالاتٌ أخرى تستحقّ البحث والدّراسة في الكتاب.

رابعاً: كتاباتٌ ومؤلَّفاتٌ أخرى بين كتابِ مؤلَّفٍ أو مقالٍ في مجلاّتٍ ودوريّاتٍ علميّةٍ محكمة، يبلغ عددها (١٣) في مختلف الموضوعات[1]، منها: التّربية، والقانون المقارَن، والفقه الإسلاميّ؛ المذهبِيّ أو المقارن، وعلوم الشّريعة الإسلاميّة، والأدب، واللّغة العربية، والطّبّ، والفلك، والهندسة، والفلسفة.

خامساً: كما يضمّ الفهرس الرَّقمِيّ بِمكتبة الجامعة الإسلاميّة المركزيّة (٢٠) قائمةً لآثار الإمام ابن رشد في مَجالاتٍ مُختلفة.

وفي مباحثَ تالية أسجّل نبذةً يسيرةً عنِ الإمامِ القاضي أبي الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله تعالى.

(١) وهذه القائمة مأخوذة من المركز المذكور قبل التّاريخ: ١٤٢٣/٨/١هـ، مع احتمال زيادة حركة البحث العلمِي عن هذا العالم الجليل رحمه الله.

المبحث الأوّل: اسمه، ومولده، وأسرته[1].

(١) انظر: ترجمة الإمام ابن رشد في:
١- الصّلة لابن بشكوان (ت: ٥٧٨هـ)، ٥٤٦/٢، (١٢٧٠).
٢- بغية الملتمس، للضّبي (ت: ٥٩٩هـ)، ص ٥٤، (٣٩).
٣- عيون الأنباء في طبقات الأطبّاء، لابن أبي أصيبعة، ص ٥٣٠-٥٣٣.
٤- التّكملة لوفيّات النّقلة، للمنذر (ت: ٦٥٦هـ)، ص ١٥٤-١٥٥، (٤٦٩).
٥- التّكملة لكتاب الصّلة، لابن الأبّار (ت: ٦٥٩هـ)، ٥٥٣/٢-٥٥٥، (١٤٩٧).
٦- تاريخ قضاة الأندلس للنّباهي، ص ١١١.
٧- الوفيّات، لابن قنفذ، ص ٢٩٨-٢٩٩.
٨- سير أعلام النّبلاء ٣٠٨/٢١.
٩- الدّيباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون ص ٣٧٨-٣٧٩.
١٠- المعجب، للمراكشي (ت: ٦٤٧هـ)، ص ٤٤٨.
١١- شجرة النّور الزّكية ص ١٤٦ (٤٣٩).
١٢- الفكر السّامي لمحمّد الفاسي (ت: ١٣٧٦هـ)، ٢٢٨/٢، (٥٤٩).
١٣- نفح الطّيب للمقرّي التّلمساني (١٠٤١هـ) ١٢٩/١-١٣٦، و٩٩/٣، و١٦٦، و١٨٥.
١٤- تاريخ فلاسفة الإسلام ص ١١٤ فما بعدها.
١٥- دائرة المعارف الإسلاميّة، النّسخة العربية، ١٦٦/١-١٧٣.
١٦- بداية المجتهد لابن رشد وأثره في الفقه الإسلاميّ المقارن، للشّافعي.
١٧- مقدّمة تحقيق بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بتحقيق: الشّيخ عليّ معوض، والشّيخ عادل الموجود، طبعة دار الكتب العلميّة، ٣٠٧/١-٣١٢، أذكره بـ: (مقدّمة الشّيخين للبداية).
١٨- مقدّمة تحقيق الشّيخ السّحيباني لبداية المجتهد، أذكره بـ: (مقدّمة السّحيباني للبداية).
١٩- مقدّمة تحقيق ماجد الحموي لبداية المجتهد، أذكره بـ: (مقدّمة الحموي للبداية).
٢٠- مقدّمة تحقيق الهداية في تخريج أحاديث البداية، تحقيق: يوسف المرعشلي، وعدنان شلاّق، أذكره بـ: (مقدّمة تحقيق الهداية).

أمّا اسمه؛ فهو: مُحمَّدُ بن أحمدَ بن مُحمَّد بن أحمد بن رشد.

كنيته[١]: أبو الوليد.

لقبه[٢]: ابن رشد الحفيد، وابن رشد الابن، وابن رشد الأصغر، وقاضي الجماعة، وذلك تَمييزاً بينه وبين جَدِّه، وكان الحفيد يُعرَف عند الغربيِّين في القرون الوسطى باسم: (الشّارح)، و(المُعَقِّب)؛ فإذا أطلق الشّارح أو المعقّب في كلام الأوروبيّين في تلك القرون؛ فإن ابن رشد هو المقصود دون غيره، ويُعْرَف عندهم أيضاً باسم أفرُّوس (Averroes)[٣].

مولده ومنشأه: ولد -رحمه الله تعالى- سنةَ عشرين وخمسمائة هجريّة (٥٢٠هـ)، قبل وفاة جدّه القاضي أبي الوليد ابن رشد الجدّ بِشَهْرٍ، وكان مولد الحفيد ونشأته بقرطبة، عاصمة الدّولة الإسلاميّة

---

(١) الكنية؛ اسمٌ يُطلَق على الشّخص للتّعظيم، أو عَلامَةٌ عليه، والجمع كُنًى، يُصَدَّرُ بأب، أو أمٍّ، أو ابنٍ، أو بنت؛ نحو: أبي حفص، وأمّ حبيبة.
انظرْ: المصباح المنير ص ٢٠٦-٢٠٧، والتّعريفات ص ١٨٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٥٣.

(٢) اللّقب، ما يُسَمَّى به الإنسان بعد اسمه الأوّل، من لفظ يدلّ على المدح، أو الذّم لمعنًى فيه من غير نَبْزٍ، ومنه تعريف بعض الأئمة المتقدِّمين بالأعمش، والأخفش، والأعرج ونحوه؛ لأنّه لا يقصد بذلك نَبْزٌ، ولا تنقيصٌ، بل محض تعريفٍ مع رضا المُسَمَّى به، وأمّا مع النَّبْزِ فَمنهيٌّ عنه، وجمعه: ألقاب.
انظر: المصباح المنير ص ٢١٢، والتّعريفات ص ١٩٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٦٢.

(٣) انظر: الدّولة الموحّديّة ص ٣٦٧، ودائرة المعارف الإسلاميّة ١٦٦/١، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٦٨-٦٩.

بالأندلس[1]، قرطبة التي عدّها التّاريخ من عواصم الثّقافة والحضارة، ومدينة العلم والفضل والحضارة، احتضنت فطاحل العلماء في كلّ فنٍّ، سطع في أفقها نُجومُ المعرفة، فازدهرت فيها فنون الآداب والعلوم، كان النّاس يرتحلون إليها لرواية الحديث، ودراسة الآداب والفقه والفلسفة والطّبّ والهندسة...، فلا غرو إذَن، أن يكون العالِمُ في قرطبة فقيهاً إلى جانب كونه طبيباً مُحدِّثاً لغويّاً...؛ لأنّ الإحاطة بقدرٍ كبيرٍ من أنواع المعارف هي الغالبية لدى الأندلسيّين[2].

أسرته: من المعروف والثّابت في كتب التّراجم والتّاريخ؛ أن الإمام ابن رشد وُلِدَ ورُبِّيَ في بيت علمٍ وفضلٍ وريادة، مُنتسبٌ لأسرةٍ عربيّةٍ عريقةٍ في الإسلام، وكانت أسرته من أشهر الأُسَر الأندلسيّة تَنتمِي إلى قرطبةِ التِي فيها تَمحضَّت القبائل العربية، وإليها كانت الرّحلة في الرّواية؛ إذ كانت مركز الرّماء ومعدن العلماء، وهي من الأندلس بِمَنْزلة الرّأس من الجسد، واتّخذها ملوك بنِي أمية حضرة مَملكتهم[3]، ونبغ فيها كثيرٌ

---

(١) الأَنْدَلُسُ، كلمةٌ أعجميَّةٌ، لم تعرفها العرب في القديم، وإنّما عرفت في الإسلام، وأوّل مَن سكنها من بعَد الطّوفان قومٌ يعرفون بالأندلش، وبهم سُمِّيت، ثم أتى بعدهم قومٌ يُعرف ملكهم باسم إشبان بن طيطش، وباسمه سُمِّيت الأندلس: إشبانية، ثم عرِّبت إلى إسبانية، وهي تقع في قارة أوربا.
انظر: معجم البلدان ١/٢٦٢-٢٦٤، ونفح الطّيب ١/١٢٩-١٣٣، والدّولة الموحِّديّة ص ٢٧٨.

(٢) انظر: عيون الأنباء ص ٥٣٠، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٥-٦، و٤٨، و٦٦.

(٣) انظر: نفح الطّيب ١/١٥٣-١٥٤، ودائرة المعارف الإسلاميّة ١/١٦٦.

من العلماء، منهم: جَدُّهُ الإمام أبو الوليد محمّد ابن أحمد المالكيّ (ت ٤٥٠-٥٢٠هـ)[1].

(١) انظر: التّكملة لوفيّات النّقلة ١/١٥٤-١٥٥، (٤٦٩)، والدّولة الموحّديّة ص ٣٦٦.

المبحث الثّاني: طلبه للعلم

قال الله تعالى: ﴿وَٱلْبَلَدُ ٱلطَّيِّبُ يَخْرُجُ نَبَاتُهُۥ بِإِذْنِ رَبِّهِۦ وَٱلَّذِى خَبُثَ لَا يَخْرُجُ إِلَّا نَكِدًا كَذَٰلِكَ نُصَرِّفُ ٱلْـَٔايَٰتِ لِقَوْمٍ يَشْكُرُونَ﴾[1]، للبيئة أثرها؛ كما للوراثة أثرها الكبير في حياة الإنسان، وقديماً قيل: الإنسان ابن بيئته، يتأثّر المرء بالغ التّأثّر بما حدث قبل وجوده من أحداثٍ ووقائعَ، وكذلك ما بعد وجوده، وقد تَحكّمت البيئةُ في حياة كثيرٍ من البشر ومصائرهم مع ما فيها من خللٍ وفساد، ولم يُحَاوِلْ جُلُّهُم السّيطرة عليها، والخروج منها، بل قالوا كما حكًى ربّنا سبحانه وتعالى عن أمثالهم: ﴿إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّقْتَدُونَ﴾[2].

وُلِدَ ونشأ الإمامُ ابن رشد الحفيد في بيئة قرطبة العلميّة الكبيرة؛ حيث النّهضة الحضارية العالية، لم تشهد بلاد الأندلس مثلها قبل الفتح الإسلاميّ[3]، رغم صعوباتٍ مَرَّ بها عَصْرُهُ على مراحلَ كثيرةٍ، تتعدّد بتعدّد العصور التِي عرفتها بلاد الأندلس، ومع ذلك نشأ مُحِبّاً للعلم منذ الصّغير، ضرب بِجانب الصّعوبات الحائط، وفعَّل جانب النّهضة العلميّة، واعتبرها

(١) سورة الأعراف، الآية: ٥٨.

(٢) سورة الزّخرف، الآية: ٢٣.

(٣) الذي كان في رمضان بين سنة ٦٢هـ، وقيل: ٩٥هـ، على يد: طارق بن زياد وموسى بن نصير.
انظر: نفح الطّيب ١/١٢٩-١٣٣، و١٦٥-١٦٧، و١٩٧، و٢١١، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص٤٠-٤١، و٤٢-٤٣، و٤٨، ودائرة المعارف الإسلاميّة ١/١٦٦.

بيئةً طيِّبةً مزدهرةً بالعلم، ووقتاً ملائماً، وفرصةً مُتاحةً؛ ليكون عالماً فقيهاً مُفكِّراً أديباً طبيباً مُهندِساً، وكانت أسرته كما تقدّم ذات فضلٍ وعلمٍ، ميسورةَ الحال، وهذا ساعده على التّفرّغ للعلم مُبكِّراً، ولم ينشغل بطلب العيش والبحث عنه، بل جُلُّ هَمِّه لقاء المشايخ، والاستفادة منهم، والنّظر والقراءة، قال في الدِّيباج: «وعُنِيَ بالعلم من صغَره إلى كبره، حتّى حُكِيَ عنه أنّه لَم يدع النّظر ولا القراءة مُنْذ عَقَلَ إلاّ ليلةَ وفاة أبيه، وليلةَ بنائه على أهله، وأنّه سَوَّدَ فيما صَنَّفَ، وقَيَّدَ، وأَلَّفَ، وهَذَّبَ، واختصر نحو مِن عشرة آلاف ورقة، وكانت له فيها الإمامةُ دون أهل عصره»[١].

هكذا أخذ الإمام ابن رشد على عاتقه أن يسير قدماً في مضمار الابتكار والإبداع العلميّ، فاهتمّ بِمقوِّماته الشّخصيّة علماً وخُلقاً، تَحقيقاً لِما علّق عليه من آمال، وبذلك الجهود، وقبلها توفيق الله وما آتاه الله من صَفاء العقل، وقوّة الذكاء، احتلّ مكانةً مرموقةً في مصافّ البارزين الذين حقّقوا أهدافهم السّامية؛ فأصبحت جُهودُهم مُثْمِرَةً نافعةً[٢].

---

(١) الدِّيباج المذهب لابن فرحون ص ٣٧٩.

(٢) انظر: تاريخ فلاسفة الإسلام ص ١١٩، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٤٨-٤٩.

المبحث الثّالث: شيوخه

تتلمذ الإمام ابن رشد -رحمه الله- على عددٍ من مشايخ أجلاء من أئمة العلم في عصره في شتّى العلوم والفنون، ولم أقف على مَنْ سَجَّلَ له رِحلةً في طلب العلم، مِمّا يظهر أنّ مشايخه في العلوم التي نبغ فيها الإمام ابن رشد كلّها مع كثرتها؛ أنّ هؤلاء المشايخ كلّهم من علماء قرطبة والأندلس، ومن مشايخه(١):

في الحديث وعلومه: أبوه أبو القاسم، وروى عنه، واستظهر عليه الموطّأ حِفظاً.

الفقه وعلومه: أخذ الفقه من عددٍ من العلماء منهم:

١-**أبو عبد الله المازرِيّ**؛ هو: الإمام أبو عبد الله محمّد بن عليّ بن عمر التّميميّ المازري، الفقيه المحدِّث، برز في علومٍ كثيرةٍ منها: الفقه وأصوله، والطّبّ، والحساب، والأدب وغير ذلك، له تأليفات، ومنها: شرح التّلقين للقاضي عبد الوهّاب، توفي سنة: (٥٣٦هـ)، أخذ عنه ابن رشد وأجازه(٢).

---

(١) انظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٣-٥٥٥، (١٤٩٧)، والدِّيباج المذهب ص ٣٧٩، وشجرة النّور ص ١٤٦، والفكر السّامي ٢/٢٢٨، (٥٤٩)، والتكملة لوفيات النّقلة ٢/١٥٤، برقم: (٤٦٩)، وعيون الأنباء في طبقات الأطبّاء ١/٥٣٠، وتاريخ فلاسفة الإسلام ص ١١٨، ودائرة المعارف الإسلاميّة ١/١٦٦، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٧٠، ومقدّمة السّحيباني للبداية ١/١٨، ومقدّمة الشّيخين للبداية ١/٣٠٨.

(٢) انظر: وفيّات الأعيان٤/٢٨٥، والدِّيباج المذهب ص٣٧٤-٣٧٥، وشجرة النّور =

٢-**الإمام أبو الفضل القاضي** عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبيّ البستيّ، من أهل التّفنّن، إمامٌ في الحديث وعلومه، وعالم بالتّفسير وجميع علومه، فقيهٌ أصوليٌّ، عالمٌ بالنّحو واللّغة وكلام العرب، وأيّامهم وأنسابهم، من تصانيفه: التّنبيهات المستنبطة على الكتب المدوّنة، وترتيب المدارك، توفي سنة: (٥٤٤هـ)، أخذ عنه ابن رشد[1].

٣-**أبو مروان ابن مسرة**؛ هو: عبد الملك بن مسرّة بن فَرَج اليحصبيّ القرطبيّ، توفّي سنة: (٥٥٢هـ)[2].

٤-**أبوه؛ أبو العبّاس** أحمد بن أبي الوليد ابن رشد الإمام المتفنّن الفقيه العالم المتقن، المعروف بالجلة والدّين المتين، له شرحٌ على سنن النّسائيّ حفيلٌ للغاية، توفّي سنة: (٥٦٣هـ)، وأخذ عنه ابنه أبو الوليد المعروف بالحفيد[3].

٥-**أبو القاسم ابن بَشْكُوال**؛ هو: خلف بن عبد الملك بن مسعود بن موسى بن بَشكُوَال الأنصاريّ القرطبيّ، الإمام الحافظ الواسع الرّواية

=

ص١٢٧-١٢٨، والفكر السّامي ٢/٢٢١، (٥٣٦).

(١) انظر: الدّيباج المذهب ص ٢٧٠-٢٧٣، وشجرة النّور ص ١٤٠، وأزهار الرّياض في أخبار عياض ١/٢٣، والحلل السّندسية ص ٩٧٠-٩٧٤، والفكر السّامي ٢/٢٢٣، (٥٣٨).

(٢) انظر: الدّيباج المذهب ص ٢٥٧، والصّلة لابن بشكوال ١/٣٤٨.

(٣) انظر: شجرة النّور ص ١٤٦، (٤٣٨).

والدّراية، المتفنّن، سمع منه أبو الوليد ابن رشد الحفيد، تـوفّي سـنة: (٥٧٨هـ)[١].

٦-**أبو مروان البلنسيّ**، وهو: عبد الملك بن محمّد بن جرّيول المعروف بابن كنبراط، كان من الأطبّاء البارزين، وتلقى عليه ابن رشد الحفيد، ولم تَتَحَقَّق سنة وفاته[٢].

٧-أبو بكر ابن سمحون، وفي التّكملة: ابن سمجون[٣]، ولم أقف على ترجمةٍ له.

٨-أبو جعفر ابن عبد العزيز، وأجازه، ولم أقف على ترجمةٍ له[٤].

٩-الحافظ أبو محمّد ابن رزق، لم أقف على شيءٍ عنه.

الطّب: أخذ الطّبّ من عددٍ من أهل العلم منهم:

١-أبو مروان ابن جُرَّيول البلنسيّ.

٢-أبو جعفر هارون التّرجالِيّ، من مدينة ترجيلة بالأندلس، من أعيان أهل أشبيلية، وهو من تلاميذ الإمام أبي بكر ابـن العربِـيّ، لازمه

---

(١) انظر: الدِّيباج المذهب ص ١٨٤، ووفيّات الأعيان ١/١٧٢، والصّلة ١/١٦٩ (٦٥٠)، والتّكملة ١/٣٠٤، وسير أعلام النّبلاء ٣٢/١٣، أو ١٣٩/٢١، وشجرة النّور ص ١٥٤، وتاريخ الفكر الأندلسيّ (٢٧٣)، وكشف الظّنون (٢٨٥-١٦٧٤-١٧٠٧)، والعبر ٤/٢٣٤.

(٢) انظر: الدّولة الموحّديّة ص ٣٦٢.

(٣) انظر: انظر: التّكملة ٢/٥٥٤.

(٤) انظر: التّكملة للصّلة ٢/٥٥٤.

واشتغل عليه بعلم الحديث، وكان يروي الحديث، وهو شيخ أبي الوليد ابن رشد الحفيد في التّعاليم والطّبّ"[١].

أمّا العلوم الأخرى؛ فكان اعتماده فيها -بعد الله تعالى- على أبي جعفر هارون.

(١) انظر: عيون الأنباء ص ٥٣٠، ودائرة المعارف الإسلاميّة ١/١٦٦.

المبحث الرّابع: تلاميذه

مِما لا شكّ فيه؛ أنّ للإمام ابن رشد تلامذةً كثيرين حَمَلُوا لنا علومه ومصنَّفاته، ونقلوا عنه آراءه وأفكاره، غير أنّ كتب التّراجم لَم تسهب في هذا الأمر، ونقلت قليلاً من تلاميذه منهم(١):

١- **صفوان بن إدريس التّجيبيّ**، وهو: أبو بحر، صفوان بن إدريس بن إبراهيم التّجيبِي المرسيّ الألْمَعِيّ الأريب البليغ الأديب العالِم العمدة الحسيب، سمع ابن رشد، توفّي سنة: (٥٩٨هـ)(٢).

٢-**أبو محمّد ابن حوط الله**؛ هو: عبد الله بن سليمان بن داود بن عمر بن حوط الله الأنصاريّ الحارِثِيّ، كان فقيهاً جليلاً أصوليّاً نَحْوِيّاً كاتباً أديباً شاعراً مُتَفَنّناً في العلوم، ورعاً دَيِّناً حافظاً ثَبْتاً فاضلاً، كان يدرِّس كتاب سيبويه، ومستصفى أبي حامد الغزاليّ، ويَميل إلى الاجتهاد في نظره، ولي قضاء إشبيلية، وقرطبة، ومُرسية، وسَبتة، وسَلا، ومِيُورقة فتظاهر بالعدل، وكان من العلماء العاملين، سُنِّيّاً مُجَانباً لأهل البدع والأهواء، سمع من أبي الوليد ابن رشد الحفيد، وتُوفّي سنة: (٦١٢هـ)(٣).

---

(١) انظر: نفح الطّيب ٥٠٦/٢، و٩٩/٣، و٦٢/٦، والدِّيباج ص ٣٧٩، وشجرة النّور ص ١٤٦، والتّكملة ١١٣/١، و٥٥٤/٢، وتاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٢٠، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٧١، ومقدّمة الشّيخين للبداية ٣٠٨/١، ومقدّمة السّحيبانِي ١٩/١.

(٢) انظر: شجرة النّور ١٦١/١، (٤٩٦).

(٣) انظر: قضاة الأندلس ص ١١٢، والدِّيباج المذهب ص ٢٣١، والتّكملة ٨٨٣/٢، =

٣-**ابنه القاضي أحمد أبو القاسم**؛هو:أحمد بن محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد القرطبيّ، روى عن أبيه: أبي الوليد ابن رشد الحفيد، وكان من بيت علمٍ وجَلالَة ونباهة وحَسَبٍ في بلده، فقيهاً، حافظاً بصيراً بالأحكام، يقظاً، ذكِّيَ الذّهن، سريّ الهمّة، وُلِّيَ القضاء فَحُمِدَتْ سيرته، توفي سنة: (٦٢٢هـ)[١].

٤-**أبو بكر بن جَهْور**، وهو: محمّد بن محمّد بن جَهْور الأسدِيّ المرّسيّ الإمام العالِم المتفنِّن الفقيه العمدة الفاضل[٢].

٥-**أبو الرّبيع ابن سَالِم**؛ هو: الإمام العلاّمة الحافظ المجوِّد الأديب البليغ شيخ الحديث والبلاغة بالأندلس؛ سليمان بن موسى بن سالم بن حسان الحميريّ الكلاعيّ البلنسيّ، ولد سنة (٥٦٥هـ)، وكان من كبار أئمة الحديث، سمع من خلقٍ كثيرٍ منهم: أبو الوليد ابن رشد الحفيد، وَعُنِيَ كلّ العناية بالتقييد والرّواية، وكان إماماً في صناعة الحديث، بصيراً به حافظاً حافلاً، توفّي سنة: (٦٣٤هـ)[٣].

٦-**أبوالحسن ابن سهل**؛ هو: سهل بن محمّد بن سهل بن مالك الأزدِيّ، كان رأس الفقهاء، مُتَفَنِّناً، مُحَدِّثاً، ضابطاً عدلاً ثقةً ثَبتاً، حافظاً

=

وسير أعلام النّبلاء ١٢٦/١٣، و (٢٨٣)، وشجرة النّور ص ١٧٣، والأعلام ٩١/٤، ومعجم المؤلّفين ٦١/٦، ونفح الطّيب ١١٦٥/٢.

(١) انظر: الدِّيباج المذهب ص ١٢٢، الصّلة ٨٥/١، (١٨١)، والتّكملة ١١٣/١، (٢٨٧)، وسير أعلام النّبلاء ١٤٠/٢١.

(٢) انظر: شجرة النّور ص ١٧٩.

(٣) انظر: سير أعلام النّبلاء ١٥/٢٣، و١٣٤.

للقرآن العظيم، مُجوِّداً له، متين الدِّين، روى عن خلقٍ كثيرٍ منهم: أبو الوليد القاضي ابن رشد الحفيد، توفِّي سنة: (٦٣٩هـ)[١].

٧-**أبو القاسم ابن الطّيلسان**؛ هو: الحافظ مُحَدِّثُ الأندلس القاسم بن محمّد بن أحمد الأنصاريّ القرطبِيّ ولد سنة: (٥٧٥هـ) تقريباً، وروى عن خلقٍ كثيرٍ منهم: أبو الوليد القاضي ابن رشد الحفيد، وصنّف الكتب، وكان بصيراً بالقراءات والعربية، توفِّي سنة:(٦٤٢هـ)، روى عن ابن رشد أنه كان يعرف شعري حبيب والمتنبِّي، ويكثر التّمثّل بهما في مجلسه، ويورد ذلك أحسن إيراد[٢].

٨-**أبو عبد الله محمّد بن يوسف بن سعاة**، مرِّسيّ، سكن شاطبةً، سمع من أبي الوليد الحفيد[٣].

٩-**ابنه الطّبيب**، وهو: أبو محمّد عبد الله بن أبي الوليد محمّد بن أحمد بن رشد، فاضلٌ في صناعة الطّبّ، عالِمٌ بها، مشكورٌ في أفعالها، وكان يفد إلى النّاصر ويطبّه، له: مقالةٌ في حيلة البراء[٤].

١٠-**أبو عبد الله النّدرومِيّ**، هو: محمّد بن سحنون، جليلٌ فاضل النّفس، محبّ للفضائل، ولد بقرطبة سنة: (٥٨٠هـ)، ثم انتقل إلى أشبيلية، ولَحق القاضي أبا الوليد ابن رشد الحفيد، واشتغل عليه

---

(١) انظر: الدِّيباج المذهب ص ٢٠٥، والأعلام ١٤٣/٣، والتّكملة ١٠١/٤، و (٢٦٤)، والوافي بالوفيّات ٧/١٤، ومعجم المؤلّفين ٢٨٥/٤.

(٢) الصّلة ٥٤٤/٢، والتّكملة ٥٥٤/٢، وسير أعلام النبلاء ١١٤/٢٣، وشجرة النّور ص ١٨٢، والفكر السّامي ٢٢٨/٢.

(٣) انظر: نفح الطّيب ١٥٨/٢.

(٤) انظر: عيون الأطبّاء ص ٥٣٣.

بصناعة الطّبّ، وخدم النّاصر في آخر دولته بصناعة الطّبّ، وولد الناصر: المسنصر، وله: اختصار كتاب المستصفى للغزالي(١).

١١- أبو جعفر أحمد بن سابق، أصله من قرطبة، فاضلٌ ذكيٌّ جيّد النّظر، كان من طلبة أبي الوليد ابن رشد الحفيد، ومن جملة المشتغلين عليه بصناعة الطّبّ،وَخَدَمَ بالطّبّ النّاصر،وتوفّي في دولة المستنصر(٢).

١٢- الأستاذ أبو بكر بن يَحيَى القرطبِي، لم أقف على شيءٍ عنه.

هذا... ويعدّ الدّارسون لِمصنّفات وآثار وشخصيّات ابن رشد والعاكفون عليها تلامذةٌ له في مختلف العصور، وهم خلق لا يحيط بهم إلاّ الله.

(١) انظر: عيون الأطبّاء ص ٥٣٧.

(٢) انظر: عيون الأطبّاء ص ٥٣٧.

المبحث الخامس: مُؤَلَّفَاتُهُ وَآثَارُهُ العِلْمِيَّةُ

مؤلَّفاتُ أيِّ عَالِمٍ ذِكْرُهُ الْمُخلَّدُ إن وقع عليها القبول، وغدت مرجَعاً في الفنّ الذي كُتبت فيه، ومصدراً في الموضوع الذي أُلِّفَتْ فيه، كذلك كان حال مؤلَّفات الإمام ابن رشد الحفيد؛ حيث جعلته في مصافّ علماء الإسلام، تُذكَرُ أسماؤهم في مجالس العلم.

لم يثبت البحث التّاريخيّ أنّ ابن رشد ألّف كتاباً من كتبه قبل السّنة الثّانية والثّلاثين (٣٢)[١] من عمره، وليس في هذا غرابة؛ لأنّ الاستعداد في الطّبّ والفقه والحكمة يقتضي أعواماً طويلةً، يَحتاج فيها قبل التّدوين إلى التّمحيص والتّحقيق، والجدير بالذّكر أنّه مُنذ بدأ بالتّأليف لم يقف به عقله القوي، وإرادته الغلاّبة عن الاستمرار في طريق الفكر؛ فقضى ما بقي من عمره الحافل بِجليل الأعمال في مَجال الدّرس والبحث والتّدوين.

ترك الإمام ابن رشد رحمه الله ثروةً علميّةً غزيرة النِّتاج، تنوّعت في مختلف العلوم والفنون؛حيث قام بتأليف الكتب والمصنّفات،وشرح،ولَخّصَ كثيراًمنها،قال في الدِّيباج: «...وأنّه سَوَّدَ فيما

(١) وذكر في تاريخ فلاسفة الإسلام سنة: (٣٦)، ولا يكون صحيحاً؛ إذ ثبت أنّ تاريخ تأليف ابن رشد لكتابه: (الضّروري في أصول الفقه) كان سنة: (٥٥٢هـ)؛ فيعدّ أوّل تأويلٍ له وعمره حينئذٍ (٣٢) سنة.

قال محقّق كتاب الضّروري في أصول الفقه ص ١٨: «يتأكّد لدينا رُجحان القول بنسبته إلى أبي الوليد، كما قد ننتهي إلى أنّه من أوّل مؤلّفاته، إن لم يكن أوّلها على الإطلاق».

انظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٣-٥٥٤، وتاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٤٧.

صَنَّفَ وقَيَّدَ وأَلَّفَ وهَذَّبَ واختصر نحواً من عشرة آلاف ورقة»[١].

ومن مؤلَّفاته ما وقع الاتّفاق على تقديمه، وغدت عَلَماً على الفنّ الذي ألفه فيه؛ ككتبه في العقيدة والفقه والطّب والفلسفة، وترجمت إلى أكثر لغاتٍ حيّةٍ في العالم.

ومنها ما تَجاوز في شهرته حدود زمانه ومكانه والمذهب الذي ينتسب إليه؛ كبداية المجتهد ونهاية المقتصد، قال في الدِّيباج: «وله تآليف جليلةُ الفائدة، منها كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، في الفقه، ذكر فيه أسبابَ الخلاف، وعلَّل وَوَجَّهَ؛ فأفاد، وأمتع به، ولا يُعْلَمُ في وقته أنفع منه، ولا أحسنُ سياقاً...،وغير ذلك تنيف على ستّين تأليفاً»[٢].

غير أنّ كثيراً من هذه الكتب والمؤلَّفات قد ضاعت مع ما ضاع وأُحرِقَ نَتيجةً للهجوم الشّديد، والعداء السّافر الذي تعرّض له، أمّا القليلة الباقية ففيما يلي ذكر بعضها، ويُمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسامٍ[٣]:

أوّلاً: قسمٌ يضمّ مُؤلَّفاته الشّخصيّة، ظهرت فيها براعته العلميّة،

---

(١) الدِّيباج المذهب لابن فرحون ص ٣٧٩، وانظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٣-٥٥٤، وشذرات الذّهب ٦/٥٢٢-٥٢٣.

(٢) الدِّيباج المذهب ص ٣٧٩، وانظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٤، وسير أعلام النّبلاء ٢١/٣٠٨، والفكر السّامي ٢/٢٢٨.

(٣) انظر: عيون الأنباء ص ٥٣٢-٥٣٣، والتّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٤، وتاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٤٧-١٥١، و١٧٤، والفكر السّامي ٢/٢٢٨، وشذرات الذّهب ٦/٥٢٢-٥٢٣، ومقدّمة تحقيق الهداية ١/٣٢-٤٤، ومقدّمة الشّيخين للبداية ١/٣١٠-٣١١، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٨٥-٨٧، ومقدّمة تحقيق السّحيباني للبداية ١/٢١، ومقدّمة الحموي للبداية ١/٩-١١.

ومقدرته العقليّة.

ثانياً: قسمٌ يضمّ شروحاً لما غمض من المسائل،أو خفي على القراء.

ثالثاً: قسمٌ يضمّ تلخيصات لترتيب وتسهيل المسائل.

ففي مَجال العقائد؛ صَنَّفَ كتاب:

١-فَصْل المَقَالِ في تقرير مَا بَينَ الشَّرِيعَةِ والحِكْمَةِ مِنَ الاتِّصال[1]، يكشف هذا الكتاب عن المنهج الأساس الذي بَنَى عليه ابن رشد بَحثه في مسائل العقيدة، مطبوعٌ محقَّقٌ.

٢-مناهج الأدلّة في عقائد الملّة، أو: الكشف عن مناهج الأدلّة في عقائد الملّة، ألّفه ابن رشد في أشبيلية عام ٥٧٥هـ/ ١١٧٩م، وهو في حوالي (٥٤) من عمره، وفي هذا الكتاب قام ابن رشد بعرض آراء المتكلّمين، ثم نقدها وبرهن على مذهبه وآرائه، وناقش فيه أيضاً بعض المشكلات الفلسفية، ومسائل علم الكلام، مطبوعٌ محقَّقٌ.

في مَجال الفقه وأصوله، صنَّف كتاب:

٣-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، وهو مجال بحثي هذا، ويأتي الحديث عنه -إن شاء الله-

٤-مُختصر المستصفى، وهو اختصارٌ لكتاب (المستصفى) للإمام الغزالي، ولعلّه هو المسمَّى بـ: (الضّروريّ في أصول الفقه)، وكان تاريخ

---

(١) ليس المقصود منه المعنَى الظّاهر من هذا العنوان، وإنّما المقصود: الاتّصال بين ظاهر الشّرع والحكمة الإلهيّة، وهذا القصد ظاهرٌ من كتابه: مناهج الأدلّة، ولم يفقد ابن رشد يوماً قدرة التّمييز والإدراك حتّى يُحاوِل الجمع بين الدِّين والفلسفة. انظر: تاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٧٥.

تأليفه سنة: (٥٥٢هـ)، وقد طبع بتحقيق: جمال الدِّين العلويّ، تصدير: محمّد علال، الطّبعة الأولى ١٩٩٤م.

وقد أشار إليه في بداية المجتهد؛ حيث قال: «وقد تكلّمنا في العمل -يعني: عمل أهل المدينة- وقوّته في كتابنا في الكلام الفقهيّ، وهو الذي يُدْعَى بأصول الفقه»(١).

٥-رسالةٌ في الخراج، مخطوط.

٦-التّنبيه على أغلاط المتون، مخطوط.

٧-الدّعاوى، في ثلاثة مُجلدّات، مخطوط.

٨-كتابان في الذّبيحة، مخطوط.

٩- الكسب الحرام، في الفقه، مخطوط.

١٠-الدّرس الكامل في الفقه، مخطوط.

١١-**في مَجال النّحو** صنّف كتاب: (الضّروريّ في النّحو)، مطبوعٌ محقّقٌ.

في مَجال الطّبّ، صنّف كتاب:

١٢-(الكلّيّات)، في سبعة أجزاء، في حوالي السّنة (٣٦) من عمره، وذلك قبل عام (٥٥٨هـ/ ١١٦٢م)، وهو من منشورات معهد فرانكو (لَجنة الأبحاث المغربيّة والإسبانيّة)، ترجمت إلى عدّة لغاتٍ، وتدرس في بعض دولٍ في الغرب.

١٣-جملة من الأدوية المفردة، مخطوطٌ.

١٤-شرح أرجوزة ابن سينا، في الطّبّ، مخطوطٌ.

---

(١) بداية المجتهد ١٠٢/١، وانظر: ٨٨، ولعلّه هو مختصره للغزالي نفسه، والله أعلم.

وفي مَجال الفلسفة والحكمة والطّبيعة، صنّف كتاب:

١٥-تَهافت التّهافت؛ حيث علّق فيه على آراء الغزالي، وبيّن ما صحّ من حججه التي أوردها في (تهافت الفلاسفة)، ونبّه على ما لم يصحّ، وبيَّن منشأ الخطأ.

١٦-(تَلخيص كتب أرسطو)، و(علم ما بعد الطّبيعة)، و(تَلخيص كتاب النّفس)، ورسالة في حركة الفلك.

١٧-(الحيوان)، و(المسائل) في الحكمة.

١٨-جوامع كتب أرسطاطاليس.

وقد سرد بعض الباحثين والمحقّقين أكثر من تسعين مؤلّفاً، وبعضهم أوصله إلى مائة وثمانية كتب، ولكن فيها المكرّر، وما لم تصحّ نسبته إليه[١].

وفي الجملة، قد امتازت مؤلّفاتُهُ الشّرعيّةُ، وفاقت الفلسفية منها، قال ابن الأبّار: «مؤلّفاتُهُ الشّرعيّةُ أَعْظَمُ من تآليفه في الحكمة والطّبّ والفلك، وبعضهم يَجعله في الطّبقة الأولى من فقهاء الأندلس مثل: ابن سعيد المغربي»[٢].

---

(١) انظر: مقدّمة السّحيباني للبداية ١/٢٢-٢٣.

(٢) التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٣-٥٥٥، وانظر: شذرات الذّهب ٦/٥٢٢-٥٢٣، ومقدّمة السّحيباني للبداية ١/٥٨، ومقدّمة الحموي للبداية ١/٩.

المبحث السّادس: مكانته العلميّة وصفاته، وعقيدته، ومذهبه الفقهي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأوّل: مكانته العلميّة وصفاته:

تُعرَفُ مكانةُ العالم ومَنْزلتُه من العلم ورتبتُه فيه بِعدّة معاييرَ، وجملة دلائلَ منها:

علمه هو في ذاته، وتَحقّقه به، ورسوخه فيه، ويشهد لذلك: آثاره، وصفاته، ومصنّفاته ومذهبه العقديّ والفقهيّ، وأقرانه، والعلماء العارفون بقدره، وهذا أهمّ المعايير وأكبر الدّلائل.

وكذلك الوظائف التي قُلِّدَ إيّاها، إن كان تقلّده لها عن كفاءةٍ وأهليّةٍ، لا بغير ذلك، ثم أنْ تُحْمَدَ سيرته فيها، وأبيّن هذين المعيارين في نقاط تالية:

أوّلاً: جَامعيَّتُهُ وتَفَنُّنُه في العلوم:

من أَهمّ جوانب انفراد الإمام ابن رشد وشواهد إمامته، هو جامعيّته لجملة من العلوم العقليّة والرّياضية، وتَفنّنه فيها، وشغفه بها، مضافاً ذلك كلّه إلى تَبَحُّرِه في علوم الشّريعة واللّغة العربيّة وآدابها؛ فقد حاز إمامته في أصول الفقه، والفقه، والحديث، والطّبّ، وعلم الكلام، فهو أصوليٌّ، فقيهٌ، نظّارٌ، مُحَدِّثٌ، طبيبٌ[1]، والقارئ لكتاب (بداية

---

(١) انظر: الدّيباج المذهب ص ٣٧٩، وشذرات الذّهب ٦/٥٢٢-٥٢٣، وبداية =

المجتهد) يَجد ذلك جَليّاً، وأنّه بلغ مرتبةً عاليةً في العلوم الشّرعيّة، كما يُعَدُّ بين الفلاسفة المسلمين؛ وكان ختاماً طَيِّباً لحلقة الفلاسفة الكبار في الإسلام، كما كان صلةً بين التّراث الفلسفيّ الإسلاميّ، والنّهضة الأوروبيّة الحديثة(١).

قال في الدِّيباج: وكان يُفزَعُ إلى فُتْيَاهُ في الطِّبِّ كما يُفزَعُ إلى فُتْيَاه في الفقه، مع الحظّ الوافر من الإعراب، والآداب، والحكمة، وحفظ الأشعار(٢).

يقول المستشرق الغربي (رينان) في كتابه: (ابن رشد والرّشدية): «ابن رشد يَعْرِفُ ما يعرفه الآخرون، يعرف الطّبّ، أي: جالينوس، والفلسفة، أي: أرسطو، وعلم الفلك، أي: المجسطي، يضيف إلى ذلك درجةً من النّقد النّادر في الإسلام، ويضيف الفقه إلى دراسته اليونانية ككلّ مسلمٍ صالحٍ، يَحفظ (الموطّأ) على ظهر القلب، كما يضيف الشّعر ككلّ عربيّ نَجيب»(٣).

وكان حَسَنَ الرّأي، ذكيّاً، ذا نظرٍ ثاقب، وبصيرةٍ نافذة، وأفقٍ واسعٍ، وحَسَنَ السّيرة، عَظيمَ القدر، شغوفاً بتَحصيل العلوم، وكان من أكثر النّاس استقلالاً برأيه، واعتداداً بشخصيته؛ حيث كان واثقاً بعقله واجتهاده، غير متعصّبٍ لآراء الآخرين، ولم يكن من أرباب التّقليد

=

المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٧٣.

(١) انظر: مقدّمة الشّيخين للبداية ١/٣٠٩، ومقدّمة تحقيق الهداية ١/٢٥.

(٢) انظر: الدِّيباج المذهب لابن فرحون ص ٣٧٩، وانظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٣-٥٥٥، وسير أعلام النّبلاء ٢١/٣٠٨، والفكر السّامي ٢/٢٢٨.

(٣) نقلاً عن مقدّمة الشيخين للبداية ١/٣١٠.

الأعمى، بل كان من أرباب الإبداع والتّجديد، ولعلّ مؤلّفاته وآثاره وثَمرته العلميّة الكبيرة خيرُ شاهد لذلك.

وكان مع ذلك كلّه، من أَشَدّ النّاس تواضعاً وأخفضهم جَناحاً، وأكثرهم أدباً وتوقيراً لأهل العلم والفضل، ومَن اطّلع على كتابه بداية المجتهد بدا له ذلك بدوّ الشّمس في كبد السّماء ظهراً، كما سيأتي في منهجه -إن شاء الله تعالى-

ثانياً: صفاته؛ قد اتّفقت كتب التّراجم في نقل كثيرٍ من صفات الإمام ابن رشد الحفيد، وشيَمه وأخلاقه، وهي كلّها صفاتٌ حميدةٌ، وأخلاقٌ فاضلةٌ جليلةٌ التي يتحلّى بها العلماء الرّبّانيون الأجلاء، قال في التّكملة: «وكان على شرفه أشدّ النّاس تواضعاً، وأخفضهم جَناحاً»[1].

كما يتّصف بعلوّ الهمّة، والحزم الجازم الصّادق، وكثرة النّظر والاطّلاع والقراءة والمداومة عليها، فلا جرم إذَن أن يكون مُهَيَّئاً لأعمالٍ علميّةٍ ودينيّةٍ جليلةٍ.

ثالثاً: الأعمال والوظائف التي قُلِّدَ إيّاها:

كان الإمام أبو الوليد رجلَ علمٍ، فقد كان رجلَ دولةٍ، وتَمتّع بعنايةٍ بالغة، ومكانةٍ مرموقةٍ في عهد الخليفتين:

أبي يوسف عبد المؤمن بن عليّ، وخلافته بين: (٥٢٤-٥٥٨هـ).

أبي يعقوب؛ يوسف بن عبد المؤمن، وخلافته بين: (٥٥٨-٥٨٠هـ).

---

(١) التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٣-٥٥٥، وانظر: الدِّيباج المذهب ص ٣٧٩.

وقد أُسْنِدَ إليه بعضُ المهام من الأعمال العلميّة والدِّينيّة التي لا يقوم بها إلاّ ذوو الحصافة والحنكة، بَاشَرَهَا وَقَامَ بِهَا خَيْرَ قيامٍ، وحمدت سيرته فيها، ومنها[1]:

١-عام (٥٤٨هـ/ ١١٥٣م)، دعاه الخليفة عبد المؤمن أوّل خلفاء دولة الموحّدين ليستشيره في إنشاء وسائل نشر الثّقافة، ولبناء عددٍ من المدارس بِمراكش.

٢-توليته قضاء بِمدينة (أشبيلية) في عام: ٥٦٥هـ/ ١١٦٩م.

٣-تولّيه قضاء الجماعة بـ (قرطبة)، عام: ٥٦٧هـ/ ١١٨٢م، وعُرِفَ بقاضي الجماعة، وحمدت سيرته في القضاء، وشاع صيته، وغدت شهرته في بلاد الأندلس؛ حتّى جاوزت بلاد المغرب.

٤-عُيِّنَ طبيباً خاصّاً لِلخليفة يوسف في (مراكش) عام: ٥٧٨هـ/ ١١٧١م.

قال في الدِّيباج: «وَحُمِدَت سيرَتُهُ في القضاء بِقرطبة، وتأثّلت له عند الملوك وَجَاهةٌ عظيمةٌ، ولم يُصَرِّفها في ترفيه حال، ولا جمع مالٍ، إنّما قصرها على مصالح أهل بلده خاصّة، ومنافع أهل الأندلس عامّة»[2]، فَمن

---

(١) انظر: الدِّيباج المذهب ص ٣٧٩، وتاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٢١، و١٤٧، ودائرة المعارف الإسلاميّة ١/١٦٦، والكفر السّامي ٢/٢٢٨، ودائرة المعارف الإسلاميّة ١/١٦٦، ومقدّمة الشّيخين للبداية ١/٣٠٩، ومقدّمة السّحيباني للبداية ١/١٦، و٢٠، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٥-٦، و٤٩، و٧٣، و٧٥.

(٢) الدِّيباج المذهب ص ٣٧٩، وانظر: تاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٢١، والفكر السّامي ٢/٢٢٨.

المناصب لَم تكن حائلةً بينه واستمراره في التّأليف.

٥-ومن المهام التي قام بها الإمام ابن رشد:التّأليف والبحث والتّدوين،قال الضّبّي المعاصر له: «فقيهٌ، حافظٌ، مشهورٌ مُشَارِكٌ في علومٍ جمّةٍ، وله تواليف تدلّ على معرفته»[١].

وقال ابن فرحون: «سَوَّدَ فيما صَنَّفَ، وقَيَّدَ، وأَلَّفَ، وهَذَّبَ، واختصر نحواً من عشرة آلاف ورقة»[٢].

وقال محمّد جمعة: «قضى ما بقي من عمره الحافل بِجليل الأعمال في الدّرس والبحث والتّدوين»[٣]، ومن ذلك:

٦-تكليفه بشرح كتاب أرسطو خاصّة في الفلسفة، من قبل الخليفة[٤].

٧-كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دليلٌ على أنّه أوحد عصره في الفقه المقارَن؛ فاسمه يدلّ على منحاه في التّأليف؛ فإنّه نافعٌ للمبتدئين المجتهدين، وللمحصلّين المتوسّعين.

---

(١) بغية الملتمس للضّبّي ص ٥٤ (٣٩).

(٢) الدِّيباج المذهب ص ٣٧٩، وانظر: التّكملة ٢/٥٥٣-٥٥٥، (١٤٩٧)، وشذرات الذّهب ٦/٥٢٣.

(٣) تاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٤٧، انظر: شذرات الذّهب ٦/٥٢٢-٥٢٣.

(٤) وممّا يلفت النّظر؛أنّ ابن رشد نشأ في دولة الموحّدين التي تدين بمذهب الظّاهرية، وهو المذهب الذي يلتزم صاحبه ظاهر نصوص الشّريعة، وخلفاء الموحّدين يُرَجِّحون هذا المذهب على غيره، فكون خليفة من خلفائها يُعطي تَشجيعاً لابن رشد يلزم من ذلك كون تلك الأسرة حاميةً للفلسفة والبدع العلميّة.
وقد قيل: إنّ هذا أبا يعقوب كان يميل إلى الحكمة والفلسفة من بقية العلوم، كما كان حريصاً على الجمع بين علم الشّريعة والحكمة.
انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٤٩.

٨-التّدريس، فقد قام بتدريس التّلاميذ كما أفادت بذلك كتب تراجمه.

٩-الفتيا، تُعدّ÷ الفتيا من الوظائف التي لا تُسنَد إلاّ لذوي كفاءةٍ دينيّة وعلميّة، ولا يرخص فيها لغيرهم، وقد أسندت إليه -رحمه الله- وحظي فتاواه بعناية كبيرة، ونال ثقة المسلمين، حتّى صار يُفْزَعُ إلى فُتْيَاهُ في الطِّبِّ كما يُفْزَعُ إلى فُتْيَاه في الفقه[1].

وهذه الأعمال الجليلة العظيمة تدلّ دلالةً واضحةً على مكانته العلميّة الرّفيعة.

المطلب الثّاني: عقيدته:

الحديث عن عقيدة ابن رشد أخطرُ مِمّا يتصوّر؛ حيث تَجَاوَزَ مُجرَّدَ بيانِ معتقده أو تَوجهه داخل دائرة الفرق الإسلامية، إلى كونه مُسلماً من أهل الملّة أم لا؛ حيث اختلف النّاسُ في إيمان الإمام ابن رشد الحفيد -رحمه الله- اختلافاً بين طرفين ووسط.

فطرفٌ رام تَكفيره والحكم عليه بالإلحاد والزّندقة، وإخراجه نِهائيّاً عن دائرة الإسلام، وإبعاده عن أمّة الإجابة من أمّة محمّد ﷺ، وهذا الاتّجاه بدأ منذ حياته من قِبَلِ بعض المعاصرين له منهم: الحاج أبو حسين ابن جبير صاحب الرّحلة، والقاضي أبو عامر يَحيَى بن أبي الحسن بن ربيع وبنوه[2]، ويفهم من صنيع بعض الباحثين المعاصرين[1]، وكان ذلك من

---

(١) انظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٣-٥٥٥، وسير أعلام النّبلاء ٢١/٣٠٨، والدِّيباج المذهب ص ٣٧٩، والفكر السّامي ٢/٢٢٨.

(٢) انظر: قضاة الأندلس ص ١١١، وتاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٣٦-١٤٠، =

أسباب تعرُّضه لمحنَة كبرى، بعد تلك الحياة العلميّة الحافلة التي رفعت نفسية هذا العالم الجليل، فرُميَ بالزّندقة والإلحاد، خاصّة في عهد الخليفة أبي يوسف يعقوب، سنة: (٥٨٠-٥٩٥هـ)(٢).

وأمّا الطّرف المقابل فيتمثّل في اتّجاه أصحاب الفلسفة، المعجَبين بآراء الفلاسفة إعجاباً مطلقاً، المروِّجين لها، الفخورين بعلوم الأوائل، فهؤلاء أثبتوا له إمامته في الفلسفة مطلقاً، وألزمه إلزامات لم يلتزم بها، ولا لزمته، وحَمَّلوه ما لم يتحمّله، وقوّلوه ما لم يقله بغية تقوية موقفهم(٣).

وأمّا الاتّجاه الوسط؛ فهو اتّجاه النّظر في الظّروف المحيطة بالإمام ابن رشد -رحمه الله- ودراستها، والحكم عليها بما يقتضيه الأمر، وذلك بدراسة بيئته السّياسيّة والاجتماعيّة والعلميّة والثّقافيّة، وتكييفها ومدَى تأثّر ابن رشد بها، والنّظر في مؤلّفاته، ثم الحكم عليه بما خُتِمَ، وأنّه

=

ومقدّمة السّحيباني للبداية ٢٤/١، ومقدّمة تحقيق مناهج الأدلّة ص ٤٦.
هذا، في مقابل مدح بعض المعاصرين الآخرين له كالضّبّي؛ حيث يقول: «فقيهٌ، حافظٌ، مشهورٌ، مُشَارِكٌ في علومٍ جمّة، وله تواليف تدلّ على معرفته»، بغية الملتمس للضّبي، ص ٥٤، (٣٩).

(١) قال الدّكتور عبد الله عليّ علاّم في الدّولة الموحّديّة ص ٣٦٨: «وابن رشد يرفض المذهب القائل بعدم فناء النّفوس الجزئيّة المتكثّرة، وممّا سلف نرى أنّ في آرائه أفكاراً إلْحَاديَّةً تتَنافَى مع الدِّين».

(٢) انظر: التّكملَة لابن الأبّار ٥٤٤/٢-٥٥٥، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص٥٨-٥٩، و٧٥-٧٦، ومقدّمة الشّيخين للبداية ٣٠٩/١.

(٣) انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٧٦، ولماذا لم تزدهر مدرسة ابن رشد في العالم الإسلامي؟ وابن رشد اليوم.

صاحب دينٍ وعقيدةٍ، والله تعالى أعلم بالصّواب، وهو أعلم بِمَن اتّقى، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

المطلب الثّالث: مذهبُهُ الفقهيُّ:

تقدّم أنّ الإمام ابن رشد وُلِدَ ونشأ في بيت علمٍ وفضلٍ، مِن أسرةٍ عربيةٍ عريقةٍ، هم عمدة في الفقه المالكي؛ فذلك جدّه الإمام أبو الوليد ابن رشد الجدّ (ت ٥٢٠هـ)، من أعلام فقهاء المالكيّة، ومِمّا يعتمد قوله ويرجّح باختياره في المذهب المالكيّ[١]، ودرس الحفيد على فقهاء المالكية، فهو إذن مالكيّ الفقه بالنَّشأة؛ حيث إنّ المذهب الفقهيّ السّائد في بلاد الأندلس والمغرب عموماً هو المذهب المالكيّ، وفي ذلك يقول المؤلّف نفسه: «وإن أَنْسَأَ الله في العمر؛ فسنضع كتاباً في الفروع على مذهب مالك بن أنس مُرتَّباً ترتيباً صناعيّاً؛ إذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة[٢]، التِي هي جزيرة الأندلس[٣]؛ حتّى يكون به القارئ مُجتهداً في مذهب

---

(١) انظر: مختصر خليل ص ٧، ومواهب الجليل ١/٦، و١٣، و٤٨، وتاريخ فلاسفة الإسلام ص ١١٦.

(٢) الجزيرة هي أرضٌ تُحيط بها المياه من جميع الجهات؛ كَجزيرة قارة أستراليا، وهي أكبر جزيرة في العالَم، وجُزر فرسان في البحر الأحمر.

وشبه الجزيرة هي: أرضٌ تُحيط بها المياه من ثلاث جهاتٍ، مثل: شبه جزيرة العرب، والهند، وقطر.

انظر: مبادئ الجغرافيا للصّفّ الرّابع الابتدائيّ ص ٧٠، و٧١.

(٣) جزيرة الأندلس، هي: إحدى جزيرتَي شمال أفريقية هما: جزيرة صقلية، وجزيرة الأندلس، والجزيرتان في شماليها؛ فصقلية منحرفةٌ إلى الشرق، والأندلس منحرفةٌ
=

مالك؛ لأنّ إحصاء جميع الرّوايات عندي شيءٌ ينقطع العمر دونه»[1].

إلاّ أنّ ما تقدّم أنّه كان يَتمتّع بذكاء بالغٍ، وعقلٍ ثاقب، وسعة الاطّلاع، وكثرة القراءة، وتَمكُّنه في علوم اللّغة العربيّة، ذلك كلّه أهّله ليكون مُستقلّ الرّأي، وبلغ درجة الاجتهاد، حتّى استطاع أن يضع للأمة الإسلاميّة كتابه: (بداية المجتهد) في فقه الخلاف، لا الفقه المذهبي، وفي ذلك نصّه الواضح المذكور السّابق، وبيانه الشّافي في قوله -رحمه الله- «ونَحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتاباً جامعاً لأصول مذهبه، ومسائله المشهورة التي تَجري في مذهبه مَجرى الأصول للتّفريع عليها، وهذا هو الذي عَمِلَه ابن القاسم في المدوّنة؛ فإنّه جاوب فيما لَم يكن عنده فيها قول مالكٍ على قياسٍ ما كان عنده في

=

عنها إلى جهة المغرب.

وجزيرة الأندلس تقع على أُوْقِيَانُوس، وهو اسم البحر المحيط الذي على طرفه، يخرج منه الخليج الذي يتصل بالروم والشام.

قال في نفح الطّيب ١/١٦٥-١٦٧: «إنّ جزيرة الأندلس -أعادها الله للإسلام- مشتملةٌ على متوسِّطة وشرق وغرب».

وقال ابن سعيد في وصف الأندلس: «وميزان وصف الأندلس: أنّها جزيرةٌ قد أحدقت بها البحار»، نفح الطّيب ١/٢٠٥، و٢٠٩.

وقال في نفح الطّيب ١/٢١١: «أمّا جزيرة الأندلس فَجزيرةٌ كبيرةٌ...».

انظر: معجم البلدان ١/٢٢٨، و٢٨٢، وانظر أيضاً: معجم البلدان ١/٤٤٢، و٢/١٣٧، و٣٢٨، و٣/١٤٤، و١٥١، و١٨٢، و٤/٢٩٠، و٢٩١، و٤٥٩، و٥/١٦١، و٢١٦، ونفح الطّيب ١/١٣٠.

(١) بداية المجتهد ٢/٤٤٣.

ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جاريةٌ مَجرى الأصـول لِمـا جُبِلَ عليه النّاس من الاتّباع والتّقليد في الأحكام والفتوى»[١].

(١) بداية المجتهد ٢/٣٨٨.

المبحث السّابع: فقهه وثناء العلماء عليه

نال الإمام ابن رشد مكانةً علميّةً مرموقةً بما أعطي من صفاء الذّهن، وحدّة الذّكاء، ظلّت آراؤه وأفكاره مُعينةً لأهل العلم وروّاد المكتبات من بعده، هذا الذي جعل العلماء يعترفون له بالفضل والعلم وهبة الله فيه؛ فسجلّت كتب التّراجم عباراتهم في الثّناء على الإمام ابن رشد دلّت على فقهه وفضله ومكانته العلميّة، منها:

قال الضّبّيُ المعاصر لابن رشد في بغية الملتمس: «فقيهٌ، حافظٌ، مشهورٌ، مُشَارِكٌ في علومٍ جمّةٍ، وله تواليفُ تدلّ على معرفته»[١].

وقال في عيون الأنباء في طبقات الأطبّاء: «مشهورٌ بالفضل، مُعتَنٍ بتَحصيل العلوم، أَوْحَدُ في الفقه والخلاف...، وكان أيضاً مُتَمَيِّزاً في علم الطّبّ، وهو جيّد التّصنيف»[٢].

قال في قضاة الأندلس: كان من أهل العلم والتّفنّن في المعارف، أخذ النّاسُ عنه، واعتمدوا عليه[٣].

وقال في الوفيات: «الفقيه، القاضي، الحافظ الحفيد، أبو الوليد ابن رشد، صاحب البداية والنّهاية وغيرها»[٤].

وقال في الدّيباج المذهب: «أخذ علم الطّب...، وكانت الدّراية

---

(١) بغية الملتمس للضّبي ص ٥٤ (٣٩).

(٢) عيون الأنباء لابن أبي أصيبعة ص ٥٣٠، وانظر: سير أعلام النّبلاء ٢١/٣٠٨.

(٣) انظر: قضاة الأندلس للنّباهي ص ١١١.

(٤) الوفيّات لابن قنفذ القسنطيني ص ٢٩٨-٢٩٩، وانظر:الوافي بالوفيّات ٢/١١٤.

أغلبَ عليه من الرّواية، ودرس الفقه، والأصول، وعلم الكلام، و لم ينشأ بالأندلس مثله كمالاً وعلماً وفضلاً، وكان على شرفه أشدّ النّاس تواضعاً، وأخفضهم جَناحاً»[١].

ثم قال: «وكان يُفزَعُ إلى فُتياه في الطِّبِّ كما يُفزَعُ إلى فُتياه في الفقه، مع الحظّ الوافر من الإعراب، والآداب، والحكمة؛ حُكِيَ عنه أنّه كان يَحفظ شعر المُتَنَبِّي، وحبيب»[٢].

وفي سير أعلام النّبلاء: بَرَعَ في الفقه والطّبّ، وكان أوحدَ في الفقه والخلاف، لم ينشأ بالأندلس مثله كمالاً وفضلاً، وكان متواضعاً، مُنخفِض الجناح[٣].

وفي شجرة النّور: «الفقيه، الأديب، العالم الجليل»[٤].

قال في تاريخ فلاسفة الإسلام: «كان ابن رشد مُمتازاً بالحكمة والعلم، وشرف المنبت...، وكلُّ رجلٍ مُمتازٍ لا يأمن حسد معاصريه ومعاشريه، ولا يَنجو من غيظهم وانتقامهم مهما كان نافعاً، وطيِّبَ القلب، حسن النّيّة، بعيداً عن الأذى، وربّما كانت خصالُهُ الطّيِّبة سبباً في اشتداد البغضاء ومرارة الحقد...»، ثم قال:

«كان ابن رشد قد علا نَجمه في أفق المجد بِما ظهر من فضله في التّأليف

---

(١) الدِّيباج المذهب ص ٣٧٩، وانظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٤، والفكر السّامي ٢/٢٢٨.

(٢) الدِّيباج المذهب ص ٣٧٩، وانظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٣-٥٥٥، وسير أعلام النّبلاء ٢١/٣٠٨، والكفر السّامي ٢/٢٢٨.

(٣) انظر: سير أعلام النّبلاء للحافظ الذّهبي ٢١/٣٠٨.

(٤) شجرة النّور لِمخلوف ص ١٤٦.

في الفلسفة، وسعة علمه، ودقّة عَمله في الطّبّ، وعلوّ كعبه في الشّريعة والقضاء، وتلك مواهب ثلاثة لم تَجتمع لرجلٍ واحدٍ في وقتٍ من الأوقات»[١].

وقال أيضاً: «الاستعداد في الطّبّ والفقه والحكمة يقتضي أعواماً طويلةً...، ولكنّه كان عالِماً، والعالِم يَحتاج قبل التّدوين إلى التّمحيص والتّحقيق، ويجدر بالذّكر أنّه منذ بدأ بالتّأليف لم يقف به عقله القويّ، وإرادته الغلاّبة عن الاستمرار في طريق الفكر؛ فقضى ما بقي من عمره الحافل بِجليل الأعمال في الدّرس والبحث والتّدوين»[٢].

وقال في الفكر السّامي: «وكانت الدّراية أغلب عليه من الرّواية، وله من معرفة الرّواية ما يندر في غيره، وله المشاركة في الأصول والكلام، ولم ينشأ في الأندلس مثله كمالاً وفضلاً، وكان على شرفه كان أشدّ النّاس تواضعاً، مع شدّة حرصٍ على العلم»[٣].

وقال التِّلمساني في نفح الطّيب في المفاضلة بعلماء الأندلس؛ حيث قال: «...إن تعرَّضت للمفاضلة بالعلماء؛ فأخبِرني: هل لكم في الفقه مثل: عبد الملك بن حبيب الذي يُعْمَلُ بأقواله إلى الآن، ومثل: أبي الوليد الباجي، ومثل: أبي بكر ابن العربي، ومثل: أبي الوليد ابن رشيد الأكبر، ومثل: أبي الوليد ابن رشد الأصغر؟ وهو ابن ابن الأكبر، نُجومُ الإسلام،

---

(١) تاريخ فلاسفة الإسلام لِمحمّد لطفي جمعه ص ١٣٥.

(٢) تاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٤٧.

(٣) الفكر السّامِي للحجوري الفاسي ٢/٢٢٨، (٥٤٩)، وانظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٤.

ومصابيح شريعة محمّد عليه السّلام...»[١].

قال ابن العماد: تَفَقَّهَ وبرع، وسمع الحديث، وأتقن الطّبَّ، وصَنَّف التّصانيف، مع الذّكاء المفرط، والملازمة للاشتغال ليلاً ونهاراً، وتآليفه كثيرةٌ نافعةٌ في الفقه، والطّبّ والمنطق، والرِّياضي والإلهي[٢].

والقارئ لكتاب (بداية المجتهد) يَجد أنّه إِمامٌ أصولِيٌّ فقيهٌ مُحَدِّثٌ خِلافِيٌّ، ظَلَّت آراؤه وأفكاره مُعينةً بعد الله -سبحانه وتعالى- لأهل العلم وروّاد المكتبات مِن بعده.

---

(١) انظر: نفح الطّيب ١٦٨/٤، دار الكتب العلميّة.

(٢) انظر: شذرات الذّهب ٥٥٢/٦-٥٥٣.

المبحث الثّامن: وفاته[1]:

بعد تلك الحياة المليئة بالكفاح العلميّ، والنّضال الفكريّ والدِّينيّ، والتي بسط فيها ألفاظه الخيّرة، وتركها ثروةً للأجيال القادمة بعده، إثـر تلك التّغيّرات والتّقلّبات التي كانت آخر أيام حياته -والمصائب على قدر الإيمان-، وصموده أمامها حتّى ظهرت براءتُهُ، بعد ذلك كلّه انتقل الإمام القاضي أبو الوليد إلى رحمة ربّه في مساء الخميس (٩/٢/٥٩٥هـ)، التّاسع من صفر سنة: (٥٩٥هـ= ١١٩٨م)[2]، عن عُمرٍ بلغ: (٧٥) خمساً وسبعين سنةً هلاليّةً، أو (٧٢) اثنتين وسبعين سنةً شَمسيّةً، مُخلِّفاً وراءه ثروةً علميّةً ضَخمةً من النِّتاج العلميِّ خَلَّدَ ذِكْرَه، وكانت وفاته بمراكش، قبل وفاة الخليفة المنصور الذي نَكَّبَهُ بشهرٍ أو نحوه،ودُفِنَ بِها،ثُمَ نُقِلَ إلى مقبرة سلفه بقرطبة،رحمه الله رحمةً واسعةً.

---

(١) انظر: عيون الأنباء ص ٥٣٢، والتّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٥، والدِّيباج ص ٣٧٩، وعيون الأنباء ص ٥٣٢، وسير أعلام النّبلاء ٢١/٣٠٨، وتاريخ فلاسفة الإسلام ص ١١٤، و١٣٨، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٨٣، ومقدّمة الشّيخين للبداية ١/٣١٢، ومقدّمة السّحيبانِي للبداية ١/٤٦، ومقدّمة الحموي للبداية ١/٩، وابن رشد ص ٢١.

(٢) أجمعت المصادر على أنّ تاريخ وفاته كانت سنة: (٥٩٥هـ)، وشذّ عن ذلك اثنان: أوّلهما: المراكشي في المعجب ص ٢٤٢؛ حيث قال: «توفي في آخر سنة ٥٩٤هـ، وقد ناهز الثّمانين»، وثانيهما: النّباهي في تاريخ قضاة الأندلس، ص: ١١١؛ حيث قال: «توفي في حدود سنة: ٥٩٨هـ»، وكلا القولين بعيدان، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

ورُوِيَ أنّه مات وهو مَحبوسٌ بداره بِمراكش في أواخر سنة: (٥٩٤هـ).

ولكن الرّاجح أنّ جماعةً عدولاً من الأعيان بإشبيلية شهدوا لابن رشد ببراءة ساحته، وأنّه على غير ما نُسِبَ إليه؛ فرضي المنصور عنه وعن سائر الجماعة من أصحابه، وكان ذلك سنة: (٥٩٥هـ)، رحمه الله تعالى رحمةً واسعةً، وأسكنه فسيح جناته، وحشرنا وإيّاه مع النَّبِيِّين والصِدِّيق والشّهداء، وحسن أولئك رفيقاً.

عُمِّرَ ابن رشد عمراً طويلاً، وَخَلَّفَ ولداً طبيباً عَالماً بالصّناعة؛ يقال له: أبو محمّد عبد الله، وخَلَّفَ -أيضاً- أولاداً قد اشتغلوا بالفقه، واستخدموا في قضاء الكور[1].

---

(١) انظر: عيون الأنباء ص ٥٣٢.

الفصل الثّاني: التّعريف بكتاب: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأوّل: إثبات عنوان الكتاب، وإثبات نسبته لِمؤلّفه، وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: إثبات عنوان الكتاب.

المطلب الثّاني: إثبات نسبته للمؤلّف.

المبحث الثّاني: سبب تأليف الكتاب.

المبحث الثّالث: موضوع الكتاب، ومنهج مؤلّفه فيه، وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: موضوع الكتاب.

المطلب الثّاني: منهج مؤلّفه فيه.

المبحث الرّابع: أهمّيّة الكتاب وبيان مزاياه.

المبحث الخامس: الملاحظات على الكتاب.



توطئةٌ ومدخلٌ:

مِن العلوم التي خَلَّفَهُ فقهاء الأمصار من هذه الأمّة للأجيال القادمة من بعدهم آراؤهم الفقهيّة، ونهضتهم العلميّة، أخذوها من نصوص الشّريعة، اختلفت أنظارهم فيها، وتعدّدت مداركهم،مِمّا قد يُحدِث صعوبةً في فهم مقاصدهم، وطرق استنباطهم، وتوجيه أهدافهم، وخاصّةً مع ضعف الهمّة.

وطالَما تَمَنَّى العلماء في القرن الخامس الهجري أن يقوم أحدٌ من جَهابذة العلماء بِجمع أقوال وآراء العلماء الفقهيّة من عهد الصّحابة ومَن بعدهم، يبيّن وجهات نظرهم، يقارن بينها، ويرجِّح ما أمكن ترجيحه ترجيحاً فقهيّاً بعيداً عن التّعصّب المذهبِي.

فعلاجاً لأمنيات العلماء، قام الإمام ابن رشد في الرّبع الأوّل من القرن السّادس بِجمع تلك الآراء، وتوجيهها توجيهاً سليماً بالموازنة بينها مع بيان الأسباب التي أدّت إلى تلك الآراء المختلفة بالرّجوع إلى عديدٍ من أمّهات الكتب في تلك المذاهب المتعدِّدة؛ فوضع كتابه: (بداية المجتهد)، قائلاً بلسان حاله: إنّ الاطّلاع على المذاهب الفقهيّة والموازنة بينها، ومعرفة طرق استنباطها بأبسط عبارة، وأوجزها يكسب المرء مكانةً علميّةً مرموقة الفوائد، ويزيل عنه الشّكوكَ؛ فتصفو مسالكه الحسّيّة والمعنويّة، وتعلو حياته مع خالقه ومعاملته مع بَنِي جنسه[1].

---

(١) انظر: عيون الأنباء ص ٥٣٢، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٦-٧، وانظر: ٣٦.

فكتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، الذي يُعْتَبَر مِن أوّل أمّهات كتب الفقه الإسلامي التِي عُنِيَتْ بعرض الفروع والمسائل الفقهيّة على الأصول، سواء بِمفهوم ردّ الفروع إلى الأصول باعتبار الأدلّة الإجماليّة أو التّفصيليّة، أو بِمفهوم ردّ الفروع على أصول مذهبٍ من المذاهب الفقهيّة، كما عُنِيَتْ بدارستها دراسةً فقهيّةً مقارنةً، بهذا الكتاب تَحقّقت تلك الآمال، وتجسّدت بِجلاء في هذا الكتاب؛ فقد سهّل وقرّب مذاهب الأئمة، كما حاول القضاء على جميع النّزاعات المذهبيّة والطّائفية، وأبعدها عن مَجال البحث العلمِيّ، بتقريب شقّة الخلاف بين الأئمة بطرقٍ سليمةٍ، وتوجيهٍ عميقٍ.

والحقيقة أنّ كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) يصلح أن يكون مادّةً لِبحوثٍ علميّةٍ كثيرة، فدراسته واستخراج منهجه العلمِيّ في الاستدلال والتّنظير، بَحثٌ مستقلٌّ واسعٌ، واستنباط قواعده الأصوليّة وتَحليلها بَحثٌ مستقلٌّ واسعٌ أيضاً، ودراسة أسلوبه في تَخريج الفروع على الأصول من الأدلّة النقليّة أو العقليّة، ودراسة دلالات الألفاظ اللغويّة على الأحكام الفقهيّة العمليّة، ومدَى تأثّرها في اختلاف الفقهاء بَحثٌ مستقلٌّ واسعٌ، وتَخريج أحاديثه ودراستها على أساس منهج المحدِّثين، ثم ما يَنبنِي على ذلك من الآثار الفقهيّة، كلّ ذلك بَحثٌ مستقلٌّ واسعٌ، لا يقلّ كلّ جانبٍ أهميّة عن الجانب الآخر.

وهكذا؛ فكتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) مادّةٌ خصبةٌ يتّسع مَجالُها لجوانبَ كثيرةٍ من البحث العلمِيّ؛ قرآنيّةً، أو حديثيّةً، أو فقهيّةً، أو أصوليّةً، أو لغويّةً، أو مِنهجيّةً، أو فكريّةً أو تربويّةً أو غير ذلك.

لذلك؛ فإنّ هذا الفصل بِمباحثه ومطالبه، ليس في وسعه أن يقــوم بإنجاز كلّ هذه الجوانب، وإنّما أقصد فقط إلىٰ مجرّد التّعريف به، ووصفه وصفاً مُجمَلاً، يقدِّم صورةً عامّةً عن طبيعته، ومنهج صاحبه فيه، وقيمته العلميّة؛ حتّى تكون دراستِي لِما استخرجته من قواعده الفقهيّة قائمةً على أساسٍ واضحٍ.

المبحث الأوّل: إثبات عنوان الكتاب، وإثبات نسبته لِمؤلِّفه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: إثبات عنوان الكتاب.

ذكره باسمه المشهور: (**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**) كثيرٌ مِمَّن ترجم للإمام ابن رشد منهم:

ابن الأبّار في التّكملة؛ حيث قال: «وله تصانيفُ جليلةُ الفائدة منها: كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه»[١].

وابن فرحون في الدِّيباج؛ حيث قال: «وله تآليفُ جليلةُ الفائدة منها كتاب: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) في الفقه ذكر فيه أسباب الخلاف، وعلَّل ووجّه فأفاد وأمتع، ولا يُعلَم في وقته أنفع منه، ولا أحسن سياقاً»[٢].

تسمية المؤلِّف كتابه ووصفه إيّاه:

ذكر الإمام ابن رشد اسمه مرَّتين في موضعين في الكتاب نفسه:

الأوّل:ذكره باختصارٍ في آخر كتاب الحجّ؛ حيث قال: «...وهوجزءٌ من **كتاب المجتهد** الذي وضعته منذ أزيد من عشرين عاماً أو نحوها»[٣].

---

(١) التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٤، وانظر: تاريخ قضاة الأندلس ص ١١١.

(٢) الدِّيباج المذهب ص ٣٧٩، وانظر: دائرة المعارف الإسلاميّة ١/١٦٩، والفكر السّامي ٢/٢٢٨، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٩١-٩٢.

(٣) بداية المجتهد ١/٣٨٠، في آخر كتاب الحجّ، وقبل كتاب الجهاد.

الموضع الثّاني: ذكره بتَمامه وبكماله في آخر كتاب الكتابة؛ حيث قال: «...ولذلك رأينا أنّ أَخصَّ الأسماء بهذا الكتاب أن نُسَمِّيه كتاب: (**بداية المجتهد وكفاية المقتصد**)»[^1]، يعنِي: أنّه وضعه لِمن لَم يتوسّع في علمه بَعْدُ، ولِمتوسِّطي العلم، ومعتدليه.

وبالمقارنة بين تسمية المؤلِّف وما أطلق عليه غيره لا يظهر فرقٌ كبيرٌ بينهما، إلاّ في كلمتَي (كفاية) و(نهاية)؛ فالمؤلِّف استعمل كلمة (كفاية)، وغيره (نهاية)، ولفظ المؤلِّف (كفاية) أدقّ في التّعبير من لفظ (نهاية)؛ إذ الأُولَى تشير إلى أنّ هذا الكتاب كافٍ لمتوسِّطي العلم، بينما تشير اللّفظة الثّانية إلى أنّ هذا الكتاب هو نهاية متوسِّطي العلم ليس غَيْرُ.

وهذا المعنَى لَم يقصده المؤلِّف قطعاً بدليل قوله: «وفروع هذا الباب كثيرةٌ، لكن الذي حضر منها الآن في الذِّكْر هو ما ذكرناه، ومَن وقعت له من هذا الباب مسائلُ مشهورةُ الخلاف بين فقهاء الأمصار وهي قريبةٌ من المسموع؛ فينبغِي أن تُثْبَتَ في هذا الموضع...»[^2]، فكيف يكون ما هذا شأنه نَهايةً لِمتوسِّطي العلم؟!

بَيْدَ أنّ إطلاق الآخرين له وجهٌ لغوِيٌّ من حيث المقابَلةُ اللّفظيّةُ بين: (بداية ونهاية)، ومع ذلك؛ فإنّ ما اختاره المؤلِّف لكتابه أَولَى مِمّا أطلقه عليه غيره في الاتّباع، وفيه قضاء على جميع الخلاف في اسم الكتاب.

وأيضاً في هذا الاستعمال اللّفظي يدرك الإنسان مدى تَمكّن الإمام

[^1]: بداية المجتهد ٢/٣٨٨، آخر كتاب الكتابة، وقبل كتاب التّدبير مُباشرةً.
[^2]: بداية المجتهد ٢/٣٨٧.

ابن رشد في اللّغة العربية وبلاغته وفصاحته -رحمه الله تعالى-

ثم إنّ المؤلّف جمع في تسمية الكتاب بين وصفين: وصفٌ يشعر فيه بالتّواضع، وآخر بمزيَة الكتاب، فوصفه بأنّه بدايةٌ لِمَنْ بلغ رتبةَ الاجتهاد فيه نوعٌ من التّواضع من المؤلّف في هذه التسمية، وإلاّ؛ فإنّ هذا الكتاب يُعدُّ حَقّاً من المراجع الهامّة في مذاهب الصّحابة وفقهاء الأمصار من بعدهم لكلّ مُجتهدٍ في جميع مراحله العلميّة.

ووصفه بأنّه كافٍ لِمَنْ يريد الاقتصار عليه بيانٌ لِمزاياه العلميّة لِما فيه من المسائل الفقهيّة العديدة في مختلف المجالات التِي يحتاجها المجتهد والفقيه والمفتِي والقاضي، وغيرهم من المشتغلين بالعلوم الشّرعية.

وقد بَيَّنَ المؤلّف في مواضعَ كثيرةٍ من هذا الكتاب أنّه وسيلةٌ لبلوغ رتبة الاجتهاد بشرط أن يكون لديه مسبقاً ثروةٌ علميّةٌ تؤهّله للاستنباط من النّصوص الشّرعية، بأن يكون مُلمّاً بعلم النّحو واللّغة وأصول الفقه بقدر ما يعنيه، من تلك المواضع قوله -رحمه الله تعالى-: «فإنّ هذا الكتاب إنّما وضعناه لِيبلغ به المجتهد في هذه الصّناعة رُتبة الاجتهاد إذا حصل ما يَجب له أن يَحصل قبله من القدر الكافي له في علم النّحو، واللّغة، وصناعة أصول الفقه...»[1].

وفي موضعٍ آخر قال: «ويشبه أن يكون مَن تَدَرَّبَ في هذه المسائل، وفَهِمَ أصول الأسباب التِي أوجبت خلاف الفقهاء فيها، أن يقول ما يَجب في نازلةٍ نازلةٍ من النّوازل...»، ثم قال: «بيد أنّ قوّة هذا الكتاب أن

(١) بداية المجتهد ١٩٥/٢.

يبلغ به الإنسانُ كما قلنا رُتبةَ الاجتهاد إذا تقدّم فعَلِمَ من اللّغة العربيّـــة، وعَلِمَ من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك»[1].

المطلب الثّاني: إثبات نسبته للمؤلّف.

ثبتت نسبة كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) تأليفاً للإمام الفقيـــه ابن رشد -رحمه الله تعالى- ثبوتاً لا يترك مَجالاً للشّكّ ولا التّردّد؛ فقـــد ذَكَرَتْ مصادرُ ترجمته هذا الكتاب منسوباً إليه، ثم لم أقف على أيّ مُؤَلَّفٍ آخر بهذا الاسم مِمّا قد يلزم منه الوقوف والتّريّث في تَحقيق النّسبة.

وقد نصّ المؤلّف على كتابه هذا، ونصّ على اسمه، كما سبق بيانه، ثم إنّ النّقولات من هذا الكتاب بذكره منسوباً إلى ابن رشد، ومطابقتها مع الأصل أيضاً لأكبر دليلٍ وأبين شاهد على صحّة النِّسبة وثبوتها، فعلى سبيل المثال لا الحصر، قد نقل عنه كثيراً صاحب تَهذيب الفـــروق[2] في مواضعَ مختلفةٍ تبلغ أحياناً خمس صفحاتٍ متتاليةٍ ونصًّا.

---

(١) بداية المجتهد ٣٨٧/٢، و٣٨٨.

(٢) لمحمّد بن حسين المكّيّ، انظر على سبيل المثال: ١٧٠/١، و٢٤٧/٣، و٢٧٢-٢٧٤، و٢٨٢-٢٨٤، وانظر توثيقه في بداية المجتهـــد: ٣٠١/٣-٣٠٥، و٣٢٩، و٣٩٠، و٣٩٩-٤٠٥.

المبحث الثّانِي: سبب تأليف الكتاب

وضع هذا الكتاب ليكون تذكرةً له أوّلاً، وللأجيال القادمة من بعده ثانياً، وقد بيّن -رحمه الله- ذلك بياناً شافياً واضحاً؛ حيث نصّ على الغرض الذي من أجله أَلَّف هذه الموسوعة، والهدف المنشود منه في أماكنَ ومواضعَ متعدّدةٍ من كتابه هذا، منها:

قوله في مقدّمته: «فإنّ غرضِي في هذا الكتاب أن أثبت فيه لِنفسي على جهة التّذكرة، من مسائل الأحكام المتّفق عليها والمختلف فيها بأدلّتها، والتّنبيه على نكت الخلاف فيها،ما يَجري مَجرى الأصول والقواعد لِمَا عسَى أن يَرِدَ على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشّرع، وهذه المسائل في الأكثر هي المسائل المنطوق بها في الشّرع أو تتعلّق بالمنطوق به تعلّقاً قريباً، وهي المسائل التِي وقع الاتّفاق عليها، أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الإسلاميّين من لدن الصّحابة -رضي الله عنهم- إلى أن فشا التّقليد[١]»[٢].

وقال رحمه الله في أواخر كتاب الكتابة وقبل كتاب التّدبير من بداية المجتهد: «وفروع هذا الباب كثيرةٌ، لكن الذي حضر منها الآن في الذّكْر هو ما ذكرناه، ومَن وقعت له من هذا الباب مسائلُ مشهورةُ الخلاف بين فقهاء الأمصار وهي قريبةٌ من المسموع؛ فينبغِي أن تُثْبَتَ في هذا الموضع؛

(١) وفشوّ التّقليد كان في أوائل القرن الرّابع الهجري، بعد قيام المذاهب الفقهيّة الأربعة المشهورة. انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٨٩.

(٢) بداية المجتهد ١/٢.

إذ كان القصد إنّما هو إثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها في الشّرع، وذلك أنّ قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مرّة: إنّما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها في الشّرع، المتّفق عليها والمختلف فيها، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار؛ فإنّ معرفة هذين الصّنفين من المسائل هي التي تَجري للمجتهد مجرى الأصول في المسكوت عنها، وفي النّوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار، سواء نُقِلَ فيها مذهب عن واحدٍ منهم أو لَم يُنْقَل، ويشبه أن يكون من تَدَرَّب في هذه المسائل، وفَهِمَ أصول الأسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يَجب في نازلةٍ نازلةٍ من النّوازل، أعني: أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيهٍ فقيهٍ من فقهاء الأمصار، أعني: في المسألة الواحدة بعينها، ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله، وحيث لَم يُخالف، وذلك إذا نقل عنه في ذلك فتوى.

فأمّا إذا لم يُنْقَلْ عنه في ذلك فتوى، أو لَم يبلغ ذلك النّاظر في هذه الأصول؛ فيمكنه أن يأتي بالجواب بِحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه، وبِحسب الحقّ الذي يؤدّيه إليه اجتهاده»[١].

انطلاقاً من هذين النّصّين وغيرهما من النّصوص التي صَرَّحَ بِها أحياناً، يُمكن تَلخيص الأسباب التي أدّت إلى وضعه لهذا الكتاب في نقاطٍ تاليةٍ[٢]:

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣٨٧-٣٨٨، وانظر: ١/٢٦-٢٧.

(٢) انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ٨٩.

١-أنّ المفيد له ولغيره من المجتهدين للأحكام والفتوى والقضاء أن يضع كتاباً مُحتوياً على أقوال المجتهدين ومذاهبهم حتّى يكون ذكرى لهم عندما يقتضي الأمر ذلك.

٢-تكوين شخصيّة فقهيّة قادرة على صناعة فقهيّة، بمعالَجة قضايا فرعيّة فقهيّة مسكوت عنها بإلحاقها بنظيرها المنطوق بها في الشّرع، بعد معرفته نكت الخلاف فيها، قال -رحمه الله-: «بيد أنّ قوّة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسانُ كما قلنا رُتبةَ الاجتهاد إذا تقدّم فَعَلِمَ من اللغة العربيّة، وعَلِمَ من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك، ولذلك رأينا أنّ أَخَصَّ الأسماء بهذا الكتاب أن نُسَمِّيَهُ كتاب: بداية المجتهد وكفاية المقتصد»[1].

٣-شعور ابن رشد أنّ الذين تصدّوا لهذا المشروع؛ أعني: جَمْعَ أقوال الفقهاء على هذا النّطاق لم يَفُوا بالغرض المقصود، والهدف المنشود من مقارنة المذاهب بأدلّتها بدون تعصّب لِمذهبٍ معيَّنٍ، وإبداء رأيه حسبما يبدو له بأدلّته.

وفي هذا الكتاب شاهدُ عدلٍ على مدى إدراك مؤلِّفه للأحكام الشّرعيّة الفقهيّة، ودليلٌ قويٌّ على ما يَتمتّع به من حافظة نادرة، وقوّة استحضارٍ، وكثرة اطّلاعٍ؛ فقد ضمّ هذا الكتاب بين دَفَّتيه أكثر ما قيل في مذاهب فقهاء الأمّة قديماً من أقوالٍ وآراء وروايات، مع إيضاح مستند كلٍّ من الكتاب، والسّنة، والإجماع، والقياس، وكشف الأسباب والعلل

---

(١) بداية المجتهد ٣٨٨/٢، في آخر كتاب الكتابة، وقبل كتاب التّدبير مباشرةً، وانظر كلامه المنقول عنه في مطلع الفصل الثّاني الخاص بالتّعريف بكتاب،وانظر:بداية المجتهد ٢٦/١-٢٧، و٣٨٧/٢-٣٨٨.

التي أدّت إلى اختلافهم، وترجيح ما أمكن ترجيحه؛ فخاض في بَحرٍ عجاجٍ مُتَلَطِّم الأمواج، واهتدى فيه لِمَسْلَك سليمٍ ونظم جواهر؛ فكان الكتاب من أعظم الكتب نفعاً، وأكثرها فائدةً، وأوضحها إشارةً، أسلسها عبارةً، وأوسطها حَجماً، وأغزرها علماً، وأحسنها تفصيلاً، وأجملها تقسيماً وتنويهاً، وأكملها ترتيباً وتبويباً، وألطفها طريقاً، مَن نظر فيه بعين الرِّضا والتّقدير، وقلبٍ منصفٍ وجد ما قاله مؤلّفه حقّاً وافياً يقيناً.

تاريخ تأليف بداية المجتهد:

إنّ الإمام ابن رشد لَم يبيّن لنا تاريخ بداية تأليفه لهذه الموسوعةالفقهيّة، ولكنه بيّن تاريخ الفراغ منه بقوله: «وبِتمام القول في هذا بِحسب ترتيبنا، تَمَّ القولُ في هذا الكتاب بِحسب غرضنا، ولله الشّكر والحمد كثيراً على ما وَفَّقَ وهدى ومَنَّ به مِن التّمام والكمال.

وكان الفراغ منه يوم الأربعاء التّاسع مِن جَمادى الأولى هو عام أربعة وثَمانين وخمسمائة (٩/٥/٥٨٤هـ)، وهو جزءٌ من كتاب المجتهد الذي وَضَعْتُهُ منذ أزيد من عشرين عاماً أو نحوها، والحمد لله ربّ العالمين.

كان ﷺ قد عزم حين تأليف الكتاب أوّلاً ألاّ يثبت كتاب الحجّ، ثم بدا له بعد فأثبته»[1].

يُفهم مِن هذا التّصريح ما يلي:

١-أنّ الجملة الأخيرة من النّصّ: «كان رضي الله عنه عزم حين تأليف الكتاب أوّلاً ألاّ يثبت كتاب الحجّ ثم بدا له بعد فأثبته»، إمّا أن يكون

---

(١) بداية المجتهد ٣٨٠/١، آخر كتاب الحجّ.

من المؤلِّف، أو مُدرَجاً من النّاسخ،فأيّاً كان الأمر؛فإنّه يفهم منه أنّــه كان يريد أن يضع كتاباً خاصّاً في موضوعات الحجّ وأحكامه،وتَمَّ له ذلك،ثم بدا له أن يضمّ كتاب الحجّ إلى كتاب بدايةالمجتهد[1].

٢-أنّ المدّة التي استغرقها تأليف هذا الكتاب(٢٠)عشرون سنةً أو تزيد.

٣-أنّه انتهى من كتاب الحجّ سنة: (٥٨٤هـ).

٤-أنّه بانتهائه من كتاب الحجّ انتهى من تأليف كتاب بداية المجتهد كلّه.

٥-أنّ تاريخ بداية تأليفه يكون حوالي سنة:(٥٦٣هـ) إلى (٥٦٤هـ).

٦-أنّه أَلَّفَه في عهد نضوجه وقوّته العلميّة؛ إذ كان عمره عند انتهائه منه أربعاً وستّين سنةً هجريّةً (٦٤هـ)، الموافق اثنتين وستّين سنّةً ميلاديّةً: (٦٢هـ)، أي: قبل وفاته بإحدى عشرة سنة: (١١ سنة) تقريباً.

(١) انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٩٦.

المبحث الثّالث: موضوع الكتاب، ومنهج مؤلِّفه فيه

وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: موضوع الكتاب.

مِمّا جعل هذا الكتاب في تلك المكانة العالية، والأهمية البالغة ضمن الكتب الإسلاميّة تلك المواضع التِي عالجها، وهي الأحكام الفقهيّة التِي لا غنَى عنها لكلّ فردٍ مسلمٍ، وزاده أهميةً ذلك الأسلوب الرّائع الذي سلكه في وضعه، بالتّنبيه على نكت الخلاف في مسائل الفروع المختلف فيها، ما يَجري في ذلك مَجرى الأصول والقواعد يُطَبَّق، ويُخَرَّج عليها[1].

فالكتاب موضوعٌ في فقه الخلاف الذي يُعرَف اليوم باسم: (فقه الموازنة أو المقارنة)، وليس موضوعاً في الفقه المذهبِيّ، بيّن ذلك -رحمه الله- أبلغ بيانٍ في أواخر كتاب الكتابة من بداية المجتهد بقوله: «وذلك أنّ قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مرّة: إنّما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها في الشّرع، المتّفق عليها والمختلف فيها، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التِي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار...

ونَحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتاباً جامعاً لأصول مذهبه، ومسائله المشهورة التِي تَجري في مذهبه مَجرى الأصول للتّفريع عليها، وهذا هو الذي عَمِلَه ابن القاسم في المدوَّنة؛ فإنّه جاوب فيما لَم يكن عنده فيها قول مالكٍ على قياسٍ ما

---

(١) انظر: بداية المجتهد ١/٢.

كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جاريةٌ مَجرى الأصول لِما جُبِلَ عليه النّاس من الاتّباع والتّقليد في الأحكام والفتوى.

بَيدَ أنّ في قوّة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رُتبةَ الاجتهاد إذا تقدّم فَعَلِمَ من اللّغة العربيّة، وعَلِمَ من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك»[(١)]؛ فهذه العبارةُ في غاية الصّراحة أنّ هذا الكتاب ليس مؤلّفاً مذهبيّاً، وإنّما هو موازنةٌ، وأنّه سوف يضع مُؤلَّفاً خاصّاً في فروعٍ على مذهب الإمام مالكٍ -رحمه الله تعالى- غير هذا الكتاب الذي يذكر فيه مذاهب فقهاء الأمصار وآراءهم المتّفقة والمختلفة[(٢)].

كما أنّه عمد إلى جَعْلِ هذا الكتاب موضوعاً في أصول المسائل وقواعدها، وهي تلك المسائل المنطوق بها والمسموعة في الشّرع، أو التي لها علاقةٌ بالمنطوق بها قريبةٌ منها، ويعني: هذا كما تقدّم أنّه لم يضعه في المسائل المسكوت عنها، ولا في الفروع الفقهيّة أساساً، وإنّما تُدْرَكُ هذه بعد معرفة المسموعة بطريقة إلحاقها بها وتَخريجها عليها، لذلك يذكر أحياناً فروعاً فقهيّةً لمناسبة تدعو إلى ذلك، كأن تكون تلك المسائل مشهورةً، أو كثيرةَ الوقوعِ، أو أنّها تابعةٌ للأصول، أو أنّها أصلٌ لغيرها يقاس عليها، وقد صرّح بذلك في مواضع كثيرةٍ من هذا الكتاب منها:

قوله: «وليس قصدنا في هذا الكتاب في الأكثر؛ ذكر الخلاف الذي

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣٨٧-٣٨٨.

(٢) خلافاً لِمَا درج عليه بعض المؤلّفين والباحثين المعاصرين من أنّه كتابٌ في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس عليه رحمة الله.

انظر: مقدّمة تحقيق الهداية ١/٤٥، ومقدّمة الحموي للبداية ١/١١.

يوجبه القياس، كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت عنها في الشّرع إلاّ في الأقلّ، وذلك إمّا من حيث هي مشهورةٌ، وأصلٌ لغيرها، وإمّا من حيث هي كثيرةُ الوقوع»[١].

قوله: «وهذه كلّها هي مبسوطةٌ في كتب الفروع، وليس كتابنا هذا كتابَ فروعٍ، وإنّما هو كتاب أصولٍ»[٢].

المطلب الثّانِي: منهج مؤلِّفه فيه.

يُعَدُّ الإمام ابن رشد من أعلام المؤلِّفين في فقه الخلاف المتضمِّن للقواعد الفقهيّة، وهو بِما آتاه الله من سعة علمٍ، وحدَّةِ ذكاء، وملكةٍ فقهيّةٍ ممتازةٍ أَهَّلَتْهُ أن يتبوّأ مكان الرّيادة بين أعلام فقه القواعد، وتخريج الفروع على الأصول بإلحَاق المسكوت عنه بالمنطوق به، وعلماء مقاصد الشّريعة، إضافةً إلى مكانته السّامية والرّاسخة بين أعلام فنّ أصول الفقه، واللّغة العربيّة؛ فهو فقيهٌ أصولِيٌّ لغويٌّ طبيبٌ، وقد أَلَمَّ بأقسام الشّريعة فروعاً وأصولاً[٣].

وكتابه هذا -الذي سبق بيان الغرض وراء وضعه وتأليفه، ونَتيجةً

---

(١) بداية المجتهد ١/١٩٤، وانظر: ٢٦-٢٧.

(٢) بداية المجتهد ٢/٣٨٦، وانظر: ٢/٣٨٧، وقد تقدّم نقل ذلك الكلام الجميل في تصوير موضوع الكتاب تصويراً رائعاً عند مطلع الفصل الثّانِي المرسوم للتّعريف بكتاب بداية المجتهد.

(٣) انظر: القواعد القرّافيّة ١/٢٠، ومقدِّمة محقّق قواعد المقرّي ١/١٥٦، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٢٢٩-٢٤٦.

لتحقيق ذلك الغرض النّبيل والهدف المنشود، والمحدَّد تَحديداً دقيقـاً؛ إذ يضعه لنفسه ولِمَن في درجته من المجتهدين- انتهج الفقيه ابن رشد فيه منهجاً وَسَطاً ليس فيه تَطويلٌ مُمِلٌّ ولا اختصارٌ مُخِلٌّ، مِنهجٌ مناسبٌ لِمَن أُلِّفَ لأجلهم؛ فكان:

١-يُعطِي قواعد وضوابط يَحصر بها الفروع الكثيرة والمسائل المسكوت عنها؛ فيغنِي عن الإسهاب والتّطويل، معتمداً في ذلك على مصادرَ مُتَخَصِّصَة، مُلتزماً الأمانةَ العلميّةَ، والدّقّةَ في النّقل والنِّسبة، إلاّ ما ندر وقد اعتذر عنه، مُلتزماً الموضوعيةَ والإنصافَ في عرض المسائل ودراستها، ذاكراً أدلّة كلّ قولٍ أو تعليلاته أو توجيهاته ومن ثَمّت تَرجيح ما يترجّح حسب دليله لا حسب هواه.

٢-جَمَعَ وَرَتَّبَ وَنَسَّقَ في كتابه هذا ما تفرّق في أمّهات الفقه من أقوال الصّحابة ورواياتهم وآرائهم، وكذلك مَن بعدهم.

٣-شرح الكلمات الغريبة، وبيَّن المصطلحات العلميّة بالتّعريف بها،أو بيان المراد منها[1]، ويوضّح المسألة بالمثال عندالحاجة[2]، تسهيلاً لِفهم العبارة.

٤-اتّجه إلى البحث والتّعمّق في دراسة مذاهب فقهاء الأمصار وآرائهم دراسةً توضِّح الغموض واللّبس؛ فكان ينظر في أدلّة هؤلاء وأقيستهم التي استندوا إليها نظرَةَ فحصٍ وتدقيقٍ، يوضّح خلالها الأصل الذي يقوم عليه اختلافهم؛ فبذلك استطاع أن يعقد المقارنة بين تلك الآراء

---

(١) انظر مثلاً: بداية المجتهد ٣/٢٣٨، بِتحقيق حلاق.

(٢) انظر مثلاً: بداية المجتهد ٣/٢٥٣، بِتحقيق حلاق.

مع إيضاح أدلّتها وأسباب الخلاف فيها، ذلك كلّه رغبةً منه لتقريب شقّة الخلاف بينهم، بطريقةٍ علميّة منطقيّة بعيدةٍ عن روح التّعصّب والتّقليد، ظهرت فيها إمامته، وتَجلّى فيها ما أوتي من سعة الفكر، وبُعْد النّظر، وسلامة الفطرة، وحسن القصد، وقوّة البيان، مع قريحته وسليقته في اللّغة.

٥-في عَرْض المسائل، استخدم في تحقيق هدفه، وإنجاز رغبته أحسن المسالك نفعاً، وأكثرها فائدةً؛ حتّى أصبح بذلك أوحد عصره في هذه الصّناعة، اعتمد في عرض المسائل طريقة الإجمال ثم التّفصيل، وهو الأسلوب التّعليميّ المتدرِّج، يأتي أوّلاً بِجزئيّات مُجملةً مختصرةً وموجزةً؛ كمقدّمةٍ وتوطئةٍ لمسائل يَدْرُسُهَا، بأسلوب تقسيمٍ تنازليٍّ، ينتقل فيه من مرحلةٍ إلى أخرى، انتقالاً متدرّجاً، يرافقه الشّرح والتّحليل، من العام إلى الخاصّ فالأخصّ، ومن الإجمال إلى البيان، حتّى ليخيّل إليك أنّك أمام أستاذٍ يشرح درساً لتلاميذه برفقٍ وأناة.

٦-التّنبيه على المسائل المدروسة؛ أنّها منصوصٌ عليها، أو منطوقٌ بها شرعاً أو مسموعةٌ، أو نحوٌ من ذلك، وأنّها أصولٌ وقواعدُ يُبْنَى عليها غَيرُهَا من المسكوت عنها.

٧-يُحرِّر المسألة مُبَيِّناً مَحل الاتّفاق من الخلاِف، ذاكراً أسباب اختلاف الفقهاء فيها، مع التّوجيه والتّنبيه على ثَمرة الخلاف.

٨-يناقش كلّ مسألةٍ بأدلّتها، ثم يُرجِّح ما يراه صواباً، بموجب دراسة أدلّة مسألةٍ مسألةٍ، بعيداً عن تعصّبٍ لِمذهبٍ معيّنٍ، أو فكرة معيَّنة، وقد يردّ اجتهادات المذاهب ما لم يقم عليها دليلٌ، بل أحياناً يُرجِّح

مذهباً واحداً على ما ذهب إليه الجمهور، إذا رأى أنّ دليل ذلك المذهب أقوى.

وله في التّرجيح أساليب، مثل قوله: وهذا القول هو الأظهر، والحجّة لفلان، أو الذي يؤيّده دليلٌ، أو أصلٌ كذا، ونحو ذلك، كما في قوله: «...وأيضاً من طريق المعنَى؛ فإنّه إذا كان المريض مَحجوراً عليه لمكان ورثته؛ فأحرى أن يكون المدينُ مَحجوراً عليه لِمكان الغرماء، **وهذا القول هو الأظهر**»[1].

وقوله: «وهذه الطّريقة التي قلناها هي طريقة أبي محمّد ابن حزم الأندلسيّ، وهي طريقةٌ جَيّدةٌ مَبنيَّةٌ على أصول أهل الكلام الفقهيّ، وهو راجعٌ إلى أنّه لا يرتفع بالشّكّ ما ثبت بالدّليل الشّرعيّ»[2].

٩-التزم الأمانة العلميّة؛ فنَبَّهَ على مصادره في نقل الأقوال ونسبتها، شأنه في ذلك شأن مَن أحال على المليء، ومَن أحيل على المليء فَليحتل.

١٠-وسلك في الاستدلال منهج الإجمال ثم التبيين في المسائل الرّئيسة؛ فيقول:والأصل في هذه المسألة:الكتاب،والسّنة،والإجماع[3]،ثم يبدأ بذكرها، وأمّا في المسائل الفرعيّة؛ فإنّه يذكر أدلّة كلّ قولٍ عقب ذكره، وقد يؤخّرها فيذكر الأقوال ثم يذكر أدلّتها.

١١-والتزم غالباً الصّحيح من الآثار، سواء عن النَّبيّ ﷺ، أم عن الصّحابة ومَن بعدهم، وقد ينصّ على ذلك بقوله: «ثابت»[4]، ولا

(١) بداية المجتهد ٢/٢٨٤-٢٨٥.
(٢) بداية المجتهد ١/٨٨.
(٣) انظر مثلاً: بداية المجتهد ١/٧.
(٤) انظر: بداية المجتهد ١/٤٧.

غرابة في ذلك؛ فقد حفظ الموطّأ صغيراً، واستظهره على والده -رحمهما الله-.

١٢-يتعرّض للحكم على الأثر صحّةً وضعفاً، وينقل أقوال أئمة الجرح والتّعديل من أهل الحديث[١].

١٣-ومِمّا يدلّ على سعة علم ابن رشد، أنّه كان يستعين بعلومٍ أخرى في اجتهاداته؛ كالطّبّ والفلك.

فمن اجتهاداته التِي اعتمد فيها على الطّبّ: مسألة اختلاف الفقهاء في حيض الحامل؛ حيث يقول: «وسبب اختلافهم في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتّجربة واختلاط الأمرين؛ فإنّه مرّة يكون الدّم الذي تراه الحامل دمَ حيضٍ، وذلك إذا كانت قوّةُ المرأة وافرةً، والجنين صغيراً»[٢].

وفي الفلك؛ اجتهاده في مسألة اختلاف الفقهاء في اعتبار رؤية هلال رمضان قبل الزّوال؛ حيث يقول: «قال القاضي -يعنِي: نفسه- الذي يقتضي القياس والتّجربة؛ أنّ القمر لا يُرَى والشّمس بَعْدُ لَم تغب، إلاّ وهو بعيدٌ منها؛ لأنّه حينئذ يكون أكبر من قوس الرّؤية...، ولا فرق في هذا قَبْلَ الزّوال ولا بَعْدَهُ»[٣].

وهو على الرّغم من توفّر ملكات الاجتهاد لديه؛ فإنّه يتواضع، ويَعُدُّ نفسه قاصراً عن هذه الرّتبة الخطيرة وهو بالغه؛ فيقول مثلاً حين لا يعرف

---

(١) انظر مثلاً: بداية المجتهد ٣٦/١، و٣٩-٤٠، و٥٥، و٩٤.

(٢) بداية المجتهد ٥٣/١.

(٣) بداية المجتهد ٢٨٥/١.

قولاً لبعض الفقهاء، أو مذهباً، أو دليلاً: لا أدري له مذهباً، أو لا أعلم له دليلاً، أو لم أقف عليه، ومن هذا القبيل قوله -رحمه الله- في مسألة نَجاسة البول، بعد أن استعرض مذاهب الأئمة، وحججهم واستدلالاتهم فيها، قال: «ولولا أنّه لا يجوز إحداثُ قولٍ لم يتقدّم إليه أحدٌ في المشهور، وإن كانت مسألةٌ فيها خلافٌ؛ لقيل: إنّ ما يَنْتِنُ منها ويستقذر بِخلاف ما لا يَنْتِنُ ولا يستقذر، وبِخاصّة ما كان منها رائحته حسنةً؛ لاتّفاقهم على إباحة العنبر، وهو عند أكثر النّاس فضلةٌ من فضلات حيوان البحر، وكذلك المسك، وهو فضلة دم الحيوان الذي يوجد المسك فيه فيما يُذكر»[1]، انظر كيف أورد رأيه في المسألة مع ذكر مستنده، بعد ذلك الاعتذار الخجول أمام الأئمة الكبار؟!

وهو أدبٌ رفيعٌ قَلَّما يَتحلّى به النّاس، خاصّةً في أيّامنا هذه، بل ترى الواحد منهم إذا اطّلع على حديثٍ واحدٍ في الباب، أو قولٍ لفلانٍ، قال بِمقتضاه دون الرّجوع إلى أحاديثَ أخرى في بابه.

وعلى هذا المنهج سار في تقرير المسائل المتّفق عليها والمختلف فيها، يبدأ ببيان ما تحتاج إليه تلك المسائل من الأدلّة النّقليّة والعقليّة، والتّوجيه والتّحليل على وجهٍ لا يترك فيها لَبساً، أو غموضاً، مع ذكر الصّحيح الرّاجح بدون الهجوم على المرجوح، وبهذا المنهج السّليم، والاتّجاه المستقيم جعل المؤلّف اختلاف علماء الأمّة في مسائل الأحكام رحمةً بِهذه الأمّة، تَحقيقاً لِيسر دِينِها.

---

(١) بداية المجتهد ١/٨١.

في الوقت الذي اتّجه بعض المتعصّبين إلى جعل الاختلاف نقمةً؛حيث شدّد في تَحتيم تقليد مذهبه،وعدم التّرخيص للمنتمين إليه في تقليد مذهب آخر ولو لِضرورة أو حاجة[١].

وقد راعَى المؤلِّفُ الحاجةً والوقتَ المتوفّر، فقدّم هذا الكتاب تلبيةً للحاجة، و لم يكتف به، بل كان يرجو الله -سبحانه وتعالى- ويسأله أن يُمِدَّ في عمره، ويبارك له في أيّامه ليكثر من نتاجه العلميّ، أو يتمّ ما بدأ به، وفي ذلك يقول: «فهذا ما ظهر لنا في هذه المسألة من سبب اختلاف النّاس فيها، وترجيح أقوالهم فيها، ولوددنا لو أَنْ سَلكنا في كلّ مسألة هذا المسلك، لكن رأينا أنّ هذا يقتضي طولاً، وربّما عاق الزّمانُ عنه، وأنّ الأحوط هو أن نؤمّ الغرض الأوّل الذي قصدناه؛ فإن يَسَّرَ الله تعالى فيه وكان لنا انفساحٌ من العمر؛ فسيتمّ هذا الغرض»[٢].

ومنه قوله: «ونحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتاباً جامعاً لأصول مذهبه، ومسائله المشهورة التِي تجري في مذهبه مَجرى الأصول للتّفريع عليها»[٣].

وقوله: «وإن أَنْسَأَ الله في العمر؛ فسنضع كتاباً في الفروع على مذهب مالك بن أنس مُرتَّباً ترتيباً صناعيّاً...؛ حتّى يكون به القارئ مُجتهداً في مذهب مالك؛ لأنّ إحصاء جميع الرّوايات عندي شيءٌ ينقطع

---

(١) انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٢٢٩-٢٣٠.

(٢) بداية المجتهد ١/٢٦-٢٧، الباب الثّالث في المياه، مسألة: نجاسة الماء بالبول، وانظر: ٨٨، وعيون الأنباء ص ٥٣١.

(٣) بداية المجتهد ٢/٣٨٨.

العمر دونه»[١].

فهذه آمال القاضي أبي الوليد العميقة، وطموحاته في بناء الفقه الإسلاميّ وتطويره بِما أوتِي من قوّةٍ علميّةٍ كبيرةٍ، وحافظةٍ واعيةٍ، تَعي ولا تُهمِل، وتَحفظ ولا تَنسى، فقد عرف حاجة النّاس فأخذ بالأهمّ فالأهمّ، -رحمه الله- رحمةً واسعةً، وأسكنه فسيح جناته.

ويَنم الكتاب كلّه عن الرّوح العلميّة النّقديّة لابن رشد، فالألفاظ دقيقةٌ واضحةٌ، والتّراكيب رصينةٌ متأنيّةٌ.

إنّه أسلوبُ مَن يقرّر الحقائق، لا مَن يصف أو يتخيّل، أسلوب الطّبيب الفقيه، وليس بأسلوب الشّاعرِ القَصّاصِ، أو كاتب المقالة الأدبِيّ، ولا غرابة أن يسوده المنطق وقوّة الحجّة، ولا غرابة أن يتّسم أسلوبه بالجفاف، إلاّ أنّه مع ذلك مرنٌ سهلُ الفهم، خاصّةً حين يطيل ويسهب، وإذا أسهب؛ فإنّه يظلّ مسيطراً على الموضوع سيطرةً تامّةً.

وتبرز السّمة العلميّة لأساليبه من خلال عنايته بالنّصوص الشّرعيّة، واحترامه لها، وعدم تقديم القياس أو الرّأي عليها، وقد تقدّم ذكر نَماذج لذلك في ثنايا الدّراسة، ثم الاحتجاج بقواعد الشّرع وعلم اللّغة، ومن خلال رفضه ما لا دليل عليه[٢].

أمّا ما قال فيه مُحقّق بداية المجتهد: «وعندما لا يسعفه الدّليل؛ فإنّه يَلجأ إلى العقل، ويعدُّه مصدراً من مصادر الشّريعة، مِمّا سبّب كيد

---

(١) بداية المجتهد ٢/٤٤٣.

(٢) انظر: مقدّمة السّحيبانِي للبداية ١/٥٤، ومقدّمة الحموي للبداية ١/١١.

الفقهاء له، ولا غرابة في ذلك؛ فإنّه كان يرى أنّ الفلسفة أخت الشّريعة، تَتَّحدان في الغاية؛ فكلٌّ منهما يَسعى إلى الحقّ، بل إنّ ما ينسبه الفقهاء من الأحكام إلى التّعبّد، وأنّه ليس معقولُ المعنَى ينكره ابن رشد، ويصرّح بأنّ الأحكام الشّرعية كلّها معقولة المعنَى...»[1].

في هذا الكلام إجمالٌ؛ أمّا العقل؛ فإن كان المراد منه القياس على مفهوم الفقهاء، فما قاله صحيحٌ؛لأنّ ابن رشد-كغيره من جمهور الفقهاء والأصوليّين-يقول بحجّيّة القياس[2].

وأمّا أنّه يُقارن بين الشّريعة الإلهية والفلسفة فليس بِصحيحٍ، وقد تقدّم التّنبيه على ذلك أكثر مِن مرّةٍ، وهذا مِمّا يجني على ابن رشد ويلاتٍ عند مَنْ يطّلع على مثله دون أن يقف على حقيقة الأمر، مع أنّ الإمام ابن رشد ليس بِدعاً في مسألة استعمال المعقول دليلاً على أحكام الشّرع، بل هذا الذي درج عليه فقهاء الأمصار قبله وبعده، وتراهم يقولون: الأصل في هذه المسألة، أو دليل المسألة؛ من المنقول والمعقول والإجماع، فَمن اطّلع على أمّهات كتب الفقه المطوّل؛ كبدائع الصّنائع، للكاسانِي الحنفيّ، والاستذكار، للحافظ ابن عبد البرّ المالكيّ، والمعونة للقاضي عبد الوهّاب البغداديّ المالكي، والمهذّب لأبي إسحاق الشّيرازِيّ الشّافعِيّ، والمجموع وروضة الطّالبين، كلاهما للنّووي الشّافعي، والمغنِي

---

(١) ماجد الحموي في مقدّمة تَحقيق لبداية المجتهد ١/١٢.
وانظر: تهافت التّهافت ص ٣٥٥.

(٢) انظر: تهافت التّهافت ص ١٧١، و٣٣٦، و٣٥٥، و٣٩٥.

والمقنع كلاهما لِموفّق الدِّين ابن قدامة الحنبلي، بل وحتّى المحلَّى لابن حزم على الرّغم من تظاهره بإنكار القياس؛ مَنِ اطّلع على هذه الكتب وأمثالها يقف على الحقيقة، وأنّ هذا لا يسبّب الكيد أصلاً.

ذلك هو المنهج القويم والأسلوب السّديد الذي سلكه في وضع هذه الموسوعة؛ حتّى وُصِفَ الكتابُ بأنّه: كتابٌ في الفقه، ذكر فيه أسباب الخلاف، وعلّل، ووجّه؛ فأفاد وأمتع به، ولا يُعْلَمُ في وقته أنفعُ منه، ولا أحسنُ سياقاً[1].

وفي ذلك المنهج بذِكْرِ تلك المذاهب مع أدلّتها من الكتاب والسّنة والإجماع دليلٌ واضحٌ، وبرهانٌ قاطعٌ على أنّ الفقه الإسلامي مستقلٌّ بذاته، وبالتّالي يظهر بطلان دعوى أنّ الفقه الإسلاميّ مستمدٌّ من القانون الرّومانيّ[2].

وفيه الحثّ على احترام الفقهاء الذين أفنوا أَعْمارهم الغالية، وأنفقوا أوقاهم الثّمينة لتدوين تلك الثّروات العلميّة، عليهم رحمةٌ من الله كثيراً.

وفيه -أيضاً- إيحَاء المودّة والسّماحة بين الباحثين على اختلاف مداركهم، وذلك باستئصال العصبيّة المذهبيّة من أنفسهم.

من مصطلحاته -رحمه الله-:

هناك مصطلحاتٌ علميّةٌ يكثر دَوَرَانُهَا لدى الإمام ابن رشد -رحمه الله- في كتابه: بداية المجتهد، منها: الأثر، والثّابت، والاتّفاق والإجماع، والعلماء والفقهاء، والأصل، وإلْحاق المسكوت بالمنطوق، أو المسائل التي

(١) انظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٤، والدِّيباج المذهب ص ٣٧٩.

(٢) انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٢٤٦.

تَجري مَجرى الأصول، فيما يلي إيضاحٌ لها:

المصطلح الأوّل: الأثر:

يقول -رحمه الله- على سبيل المثال: «وسبب اختلافهم في ذلك - تَخليل اللّحية عند غسل الوجه- اختلافهم في صحّة الآثار التِي ورد فيها الأمر بِتخليل اللّحية، والأكثر على أنّها غير صحيحةٍ مع أنّ الآثار الصّحاح التِي ورد فيها صفةُ وضوئه عليه الصّلاة والسّلام ليس في شيءٍ منها التّخليل»[1].

يستخدم الفقيه ابن رشد (الأثر) لدى استدلاله بِحديثٍ مرفوعٍ إلى النّبيّ ﷺ ، أو بِأثرٍ موقوفٍ على صحابِيٍّ أو تابعِيٍّ.

والأثر عند المحدِّثين يُرَادِفُ الخَبَرَ والحَديثَ والسُّنَّةَ؛ إذ معناه مأخوذٌ من: أثرت الحديث، أي: رويته، ويُسَمَّى المُحَدِّثُ أَثَرِيّاً نسبةً للأثر، فالمحدِّثون لا يفرِّقون في إطلاق الأثر على ما أضيف إلى النّبِيّ ﷺ ، أو إلى صحابِيٍّ، أو تابعِيٍّ.

أمّا الفقهاء؛ فإنّهم يفرّقون، فيطلقون (الخبر) على ما رُوِيَ عن النّبِيّ ﷺ ، و(الأثر) على ما رُوِيَ عن الصّحابة موقوفاً عليه قولاً أو عملاً[2].

فكأنّ الفقيه ابن رشد رحمه الله اختار هذا المصطلح أخذاً بِما عليه أهل الفنّ، وجعله مُرجِّحاً على ما ذهب إليه الفقهاء؛ فلا ضير في تسمية

---

(١) بداية المجتهد ١/١١، وانظر: ٤٣.

(٢) انظر: تدريب الرّاوي ١/١٨٣-١٨٥، ومقدّمة في مصطلح الحديث ص ٦٢، والمصباح المنير ص ٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٠.

الحديث خبراً، والخبر حديثاً، وتسميتهما أثراً، وهذا نوعٌ من أنواع حسن اختياره، وقوّة تَرجيحه بين المسائل، وهو أيضاً دليلٌ قويٌّ، وبرهانٌ واضحٌ، وحجّةٌ قاطعةٌ لِتعمّقه في علم الحديث درايةً؛ ولا جرم إذ قد عُرِفَ بعنايته بالعلم، والمواظبة على النّظر، والمداومة على القراءة منذ صغره[1].

المصطلح الثّاني: حديثٌ ثابتٌ، يذكر الفقيه ابن رشد كثيراً كملة: (حديثٌ ثابتٌ)،أو (حديثان ثابتان)،وقد بيّن مقصوده منه ولم يترك القارئ مُتحيِّراً؛ حيث قال: «قال القاضي ﷺ : ومَتَى قلتُ: ثابتٌ؛ فإنّما أعنِي به ما أخرجه البخاري ومسلم، أو ما اجتمعا عليه»[2].

وإذا قال: (الحديث متّفقٌ عليه)[3]، فيعنِي: رواه البخاري ومسلم ما هو معروفٌ.

المصطلح الثّالث: الاتّفاق والإجماع:

كثيراً ما يستعمل هذين المصطلحين؛ فيطلق مرةّ (الاتّفاق)، وأخرى (الإجماع)، فهل هناكَ فرقٌ علمِيٌّ بينهما؟

الإجماع لغةً يأتِي بِمعنَى: العزم، والاتّفاق، وهناك فروقٌ بينهما منها:

١-أنّ الإجماع بِمعنَى العزم يتعدّى بنفسه؛ فيقال: أجمعتُ المسيرَ والأمرَ، ويتعدَّى بِحرف؛ فيقال: أجمعت عليه.

وأمّا الإجماعٌ بِمعنَى الاتّفاق فلا يتعدّى بنفسه وإنّما يتعدّى بِحرف

---

(١) انظر: الفكر السّامِي ٢٢٨/٢.

(٢) بداية المجتهد ٤٧/١، وانظر: ٩٣، و١٢٧، و٣٦٧/٢، و٣٧٢.

(٣) انظر مثلاً: بداية المجتهد ٣٥/١، و٩٤، و١١٧، و١٢٧، و١٤٦، و٤٥٧، و٤٦٥، و٥٦/٢، و٢٥٧، و٣٧٢، و٤٣٥.

جرٌّ فقط؛ فيقال: أجمع قومٌ على كذا، أي: اتّفقوا عليه.

٢-أنّ الإجماع بِمعنَى العزم يُتَصَوَّر من شخصٍ واحدٍ؛ كقوله: (أجمعت الصّيام قبل الفجر)، أي: عزمت عليه.

وأمّا الإجماع بِمعنَى الاتّفاق فلا يُتصَوَّر من شخصٍ واحدٍ بل من جماعة[1].

والإجماع في اصطلاح الفقهاء: اتّفاق جَميع العلماء المجتهدين،من أمّة محمّد ﷺ ، بعد وفاته، في عصرٍ من العصور، على أمرٍ دِينِيٍّ[2].

والاتّفاق لغةً: أن يتّفق رأيُ شخصٍ مع غيره، يعنِي: الاشتراك في شيءٍ ما[3].

وفي الاصطلاح، فهو مَعنًى من معانِي الإجماع كما قد تبيّن.

أمّا استخدام ابن رشد لهما؛ فيطلق أحياناً الاتّفاق ويقصد به الإجماع بمعناه الاصطلاحي، ومنه قوله: «اتّفق المسلمون على أنّ الطّهارة الشّرعيّة طهارتان: طهارةٌ من الحدث، وطهارةٌ من الخبث، واتّفقوا على أنّ الطّهارة من الخبث ثلاثة أصناف: وُضوءٌ، وغَسلٌ، وبدلٌ منهما وهو التَّيَمُّمُ...»[4]، وقوله: «اتّفق العلماء على أنّ غَسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء»[5]، وقد يطلق

---

(١) انظر: المصباح المنير ص٤٢، وتسهيل الوصول إلى فهم علم الأصول ص٥٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٢.

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ٢٥٣، وتسهيل الوصول إلى فهم علم الأصول ص ٥٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٢.

(٣) انظر: المصباح المنير ص ٢٥٦، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٢٢٣.

(٤) بداية المجتهد ٧/١، وانظر: ٣٨٧/٢.

(٥) بداية المجتهد ١١/١.

كلمة (أجمع) بدل (اتّفق) كما في قوله: «أجمع العلماء على أنّ جميع أنواع المياه طاهرةٌ في نفسها، مُطَهِّرةٌ لغيرها»[١].

ويطلق الاتّفاق أحياناً ويقصد به معناه اللّغويّ الأصلِيّ، كما في قوله: «اتّفق الجمهور على أنّ الأفعال التي هذه الطّهارة شرطٌ في صحّتها...»[٢]، وقوله: «واتّفق الشّافعي وأبو حنيفة...»[٣].

وأحياناً يُعبِّر بـ: (اتّفاق المسلمين)، وأحياناً بـ: (اتّفاق العلماء)، ولعلّ السّرّ في مغايرة ابن رشد في استخدام الكلمتين أحياناً؛ أنّه إذا كانت المسألة المتّفق عليها في غاية الوضوح والظّهور، مؤيَّدةً بأدلّتها الواضحة عبّر عن الإجماع فيها بـ (اتّفاق المسلمين)، وإن كانت ليست بِهذه المثابة والسّهولة؛ فإنّه يشير إلى الإجماع فيها بقوله: (اتّفق العلماء)؛ إذ هم الذين يتولّون توضيحها لغيرهم.

أو يُوَفَّق بينهما بتقدير مضاف مَحذوف؛إذ قد لا تتفّق الطّريقة المذكورة في كثيرٍ من المواضع؛ فيقالُ في (اتّفق المسلمون) أي: اتّفق علماء المسلمين، كما يَحتمل أن يكون التّعبيرين مُجرّد التّفنّن[٤]، إلاّ أنّ دِقّة الفقيه ابن رشد وتعمّقه في أسرار اللّغة العربية يأبَى الأخير.

مِمّا تقدّم يتّضح أنّ ابن رشد يصرّح بِكلمة (الإجماع) تارةً ويشير إليها أخرى بكلمة (الاتّفاق).

---

(١) بداية المجتهد ١/٢٣.

(٢) بداية المجتهد ١/٧٣.

(٣) بداية المجتهد ١/١٠٧.

(٤) انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٢٢٥.

كما يستخدم عبارةً أخرى في حكاية الإجماع هي: نفي الخلاف، كقوله: ((فأمّا على مَن تَجب -الطّهارة-؟ فعلى كلّ مَنْ لزمته الصّلاة، ولا خلاف في ذلك))(١).

وأمّا استخدام ابن رشد الإجماع بعد الكتاب والسّنة فهو من قبيل التّأكيد ومعاضدة الأدلّة وتقويتها.

ولأنّ العلماء قد يَختلفون في حكمٍ من الأحكام مع ورود نصٍّ من الكتاب والسّنة، بسبب اختلافهم في فهم وتأويل ذلك النّصّ، وذِكْرُ الإجماع بعدهما يدلّ على أنّ العلماء مُتّفقون على الحكم المستفاد منهما، ولم يحصل بينهم اختلافٌ في فهمه أو تأويله، وبالاختصار؛ فإنّ فائدة حكاية الإجماع بعد ذكر النّصّ هي قطع النّزاع بين المختلفين المتنازعين في إثبات حكمٍ من الأحكام المستفادة من النّصوص(٢).

المصطلح الرّابع: العلماء والفقهاء:

مِمّا لا يَخفى أنّ بين مدلول كلمة (العلماء) ومفادها ومدلول كلمة (الفقهاء) ومفادها عموماً وخصوصاً من كلّ وجهٍ؛ وفي نظري أنّ كلمة (العلماء) أعمّ من كلمة (الفقهاء)؛ لأنّه يصدق إطلاق (عالِمٍ) على (فقيه)؛ فإنّ مَن تَخصّص في علوم التّربية، أو الطّبيعة، أو الإدارة ونحوها عَالِمٌ بلا شكّ ولكنه ليس بِفقيه؛ فكلّ فقيهٍ عالِمٌ، وليس كلّ عالِمٍ فقيهاً، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

ولعلّ السّرّ في تنوّع الفقيه ابن رشد في اختيار كلمة (العلماء) في

---

(١) بداية المجتهد ١/٤٣، وانظر: ٩٠، و١١١، و٣/٣٢٩.

(٢) انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٢٢٥-٢٢٦.

موضعٍ، وكلمة (الفقهاء) في موضعٍ آخر أنّه إذا كانت مسألةٌ من المسائل العامّة لا تَخصّ الفقهاء في البحث عنها ومناقشة أدلّتها، وكانت جليّة واضحةً؛ فإنّه يعبّر عن الاتّفاق الحاصل باتّفاق العلماء، وإن كانت مسألةٌ من المسائل التي تَخصّ الفقهاء؛ لكونهم جديرين بِمظانّها قوّة وضعفاً؛ فإنّه يعبّر عنها باتّفاق الفقهاء المجتهدين.

المصطلح الخامس: الجمهور؛ إذا ذكره؛ فالفقهاء الثّلاثة معدودون فيهم، وهم: أبو حنيفة، ومالك، والشّافعي، وقد نصّ على ذلك؛ حيث يقول: «وإذا قلتُ الجمهور؛ فالفقهاء الثّلاثة معدودون فيهم، أعنِي: مالكاً، والشّافعي، وأبا حنيفة»[١].

المصطلح السّادس: الكوفيّون، يقصد بهم: أبا حنيفة، وأصحابه، والثّوري، كما في قوله: «وقال الكوفيّون: أبو حنيفة وأصحابه، والثّوريّ»[٢].

المصطلح السّابع: الأصل، أو الأصول.

الأصل في اللّغة: ما منه الشّيء، أي: أساسه، وما ينبني عليه غيره[٣].

وأمّا الأصل في الاصطلاح؛ فله إطلاقاتٌ كثيرةٌ، باعتباراتٍ متعدِّدةٍ حسب العلوم التي نقلت إليها من أهمّها[٤]:

١-الدّليلُ، نحو قولهم: الأصل في هذه المسألة: الكتاب والسّنة والإجماع، أي: دليلها، وقولهم: أصول الفقه، أي: أدلّته.

---

(١) بداية المجتهد ١/٧٠.

(٢) بداية المجتهد ١/٢٥٩، وانظر: ١/٤٠، و٢/٩٥.

(٣) انظر: معجم مقاييس اللّغة ١/١٠٩ مادّة (أصل)، وتنقيح الفصول ١/٥٦، والمصباح المنير ص ٦.

(٤) انظر: القواعد القرّافيّة ١/٢٧١-٢٧٤، والفروق الجليّة ص ٣٩.

٢-**الرّاجح**، كقولهم: الأصل عدم المجاز، حال تعارض الحقيقة والمجاز.

٣-**الرّاجح المستصحب**، أي: الحكم المتيّقّن الذي يجري استصحابه، نحو: مَنْ تَيَقَّنَ الطّهارة وشكّ في زوالها؛ فالأصل الطّهارة، أي: المتيقّن المستصحَب، وقولهم: الأصل براءة الذّمّة.

٤-**الأصل المقيس عليه**، كقولهم: الحنطة أصلٌ يقاس عليه الأرز في تحريم الرّبا.

٥-**الغالب في الشّرع**، وهذا يعرف باستقراء موارد الشّرع.

٦-(**القاعدة الكلّيّة**)، أو (**القاعدة المستمرّة**)[1]، ووصفها بعضهم بالاستمرار، فيقال: الأصل، أي: القاعدة المستمرّة، نحو قولهم: الأصل أنّ النّصّ مقدَّمٌ على الظّاهر.

وكلّ هذه المعانِي والإطلاقات واردةٌ في كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، إلاّ أنّ المراد بيانه هنا هو الاستعمال الأخير، ويكثر جِدّاً استعمال (الأصل) موضع القاعدة في كتب القواعد وغيرها، ومنه في قواعد هذا البحث[2]:

- **الأصل براءة الذّمّة.**
- **الأصل هو أنّ القضاء يجب أن يكون على صفة الأداء.**
- **الأصل أن المرأة في معنَى الرجل في كلّ عبادةٍ، إلاّ أن يقوم الدليل على تخصيصها.**
- **الأصل أن صلاة المأموم غير مرتبطةٍ بصلاة الإمام.**

فهذه القواعد صُدِّرَت بكلمة: (الأَصل)، لكن تصديرها بذلك ليس

---

(١) انظر: حاشية الدّسوقي ١٢٩/٤.

(٢) انظر: فهرس القواعد لهذا البحث.

لِمجرّد الإطلاق على معنَى القاعدة أو التّفنّن في الاستعمال، بل هو مع هذا، الاستصحاب لِمعنَى القاعدة يراد منها التّنبيه إلى عمومها وكلّيّتها واستمرارها، كما في المثال الأوّل.

أو كون هذا الأصل غالباً في الشّرع، وراجحاً -أيضاً- كما في المثال الثّانِي.

أو كونه مستصحباً حال التّعارض كما في المثال الثّالث.

أو كونه مُرجَّحاً كما في المثال الرّابع.

وهذه المعانِي ليست غائبةً عن مصطلح الأصل حال استعماله بِمعنَى القاعدة، بل هي مُضمَّنةٌ مستصحَبةٌ، مقصودةٌ في التّعبير عن القاعدة وتصديرها بـ: (الأصل).

- وقد يطلق أيضاً مصطلح الأصل على (الضّابط) كقولهم: (**الأصل أن صلاة المأموم غير مرتبطةٍ بصلاة الإمام**)، وهو كثيرٌ أيضاً في التّراث الفقهيّ، وكتب القواعد منه على وجه الخصوص.

المصطلح الثّامن: إلْحاق المسكوت عنه بالمنطوق به، أو المسائل التِي تَجري مَجرى الأصول.

هذه العبارة أو مفادها يكثر دورانُها عند المؤلّف، كما في قوله: «فهذه مشهوراتُ المسائل التِي تَجري من هذا الباب مَجرى الأصول»[(١)]، وقوله: «قال القاضي: وقَصْدُنَا في هذا الكتاب إنّما هو ذكر المسائل المسموعة، أو ما له تعلّقٌ قريبٌ بالمسموع»[(٢)].

---

(١) بداية المجتهد ١/١٨، وانظر: ٤٦، و٥٠، و٨٨.

(٢) بداية المجتهد ١/١٤٦.

بهذا يتَّضِحُ جَليّاً أنّ المقصود من تلك العبارة هي تلك المسائل التي ورد الشّرع بها منطوقاً مسموعاً،أو ما له تَعَلُّقٌ قريبٌ بالمسموع، وَجَعَلَها أصلاً يقاس عليه ويُفَرَّعُ ويُخَرَّجُ عليه، يؤيّده قوله: «وفروع هذا الباب كثيرةٌ، وكلّها غير منطوقٍ به، وليس قَصْدُنا ههنا إلاّ ما يَجري مَجرى الأصول»[١]، وقوله: «وهذا النّظر في الشّرع تغلغل في القياس، وبَعُدَ عن الأصول المنطوق بها في الشّرع؛ فليس يليق بكتابنا هذا؛ إذ كان قَصْدُنا فيه إنّما هو ذكر المنطوق به من الشّرع، أو ما كان قريباً من المنطوق به»[٢]، ونحوه ممّا تقدّم ذكره في موضوع الكتاب.

يكثر دورانُ هذا المصطلح عندالإمام ابن رشد في كتابه:بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ويقصد به التّطبيق للقواعد أو الضّوابط والتّخريج عليها.

ومبحث تطبيق القواعد والضّوابط والتّخريج عليها في الذّروة لها أهميّةٌ في علم القواعد الفقهيّة، وقد أولاه الإمام عنايةً كبيرةً؛ حيث يذكر مسألةً أو مجموعاً من المسائل المنصوص عليها أو المتّفق عليها، ثم يعقبها بمسائلَ مسكوت عنها؛ لتُقاس على المنطوق.

والتّطبيق للقاعدة أو التّخريج عليها،كلّ واحدٍ من هذين المصطلحين هو أثرٌ من آثار القواعد، ونَتيجةٌ من نتائج اعتبارها، وهو الذي يُبيِّن عن أثرها ويكشف أهميّتها، ويوضّح المراد بها، بل ويقرِّرها، وقد يكون شاهداً لثبوتها وصحّتها.

---

(١) بداية المجتهد ١/١٩١، وانظر: ٢٦-٢٧.
(٢) بداية المجتهد ١/٤٥٣.

كما أنّ بهما يعرف مدى فهم الفقيه أو الباحث للقاعدة أو الضّابط، وما يَخرج عنهما أو يندرج تَحتهما.

ويُلحَظُ أنّ هناك فرقاً لطيفاً بين هذين المصطلحين: (التّطبيق والتّخريج).

فالتّطبيق في معناه الأصليّ يراد به:إخضاع المسائل والقضايا لقاعدة علميّة معيَّنَة[١]، والمراد به هنا في علم القواعد الفقهيّة هو:

(ذِكْرُ الفروع الفقهيّة على قاعدة ما، سواءٌ نُصَّ على كونها مُتَفَرِّعةً عن هذه القاعدة، مِن قِبَل المذهب، أم كان يُدرَكُ بغير كبيرِ فكر؛ أنّه لا فرق بين هذه الفروع المنصوصة، ونظائرَ لها لم يُنَصَّ على تفرّعها عن هذه القاعدة)[٢].

ويشترط للقائم بهذا التّطبيق أن يكون شديد الفهم، ذا حظٍّ كبيرٍ من فقه نصٍّ أو مذهب الإمام الذي يُخرِّج عليه، عارفاً بعامّه وخاصّه، ومطلقه ومقيّده، والحدّ الأدنَى في ذلك غلبة الظّنّ[٣].

وأمّا التّخريج على القاعدة؛ فيمكن أن يُعرَّف بأنّه: (فعلُ مُجتَهِدٍ مطلقاً أو مُجتهد المذهب في إلْحاق فرعٍ غير منصوصٍ عليه بقاعدةٍ من قواعد المذهب)[٤].

وصفة هذا المجتهد أن يحوي حفظُهُ وضبطُهُ وعقلُهُ أصولَ إمامه وقواعدَه،

---

(١) انظر: المصباح المنير ص ١٤٠، والمعجم الوسيط ص ٥٥٠، وأشار إلى كونه بهذا المعنَى مولَّداً، والقواعد القرّافيّة ص ٢١٨-٢١٩.

(٢) انظر: القواعد القرّافيّة ٢١٩/١.

(٣) انظر: الفروق ١٠٧/٢-١٠٨، ف (٩٨)، ونشر الورود ص ٦٢٨-٦٢٩.

(٤) انظر: القواعد القرّافيّة ٢٢٠/١.

منصوصةً كانت للإمام أو مستنبطةً من كلام الإمام، فكثيراً ما يَستخرج أهلُ المذهب قواعدَ المذهب، وفاقيةً كانت أو خلافيةً من كلام إمامهم.

والشّرط المحقّق لمجتهد المذهب: أن يكون له قدرةٌ على تَخريج الأحكام على نصوص إمامه الملتزم هو له، كأن يقيس ما سكت عنه الإمام على ما نصّ عليه؛ لوجود معنًى ما نصّ عليه فيه، سواء نصَّ إمامُهُ على ذلك المعنَى أم استنبطه هو من كلامه؛ كأن يستخرج حكمَ المسكوت عنه من عمومٍ ذَكَرَهُ الإمام، أو يستخرج ذلك من قاعدةٍ قَرَّرَهَا الإمام[1].

وممَّا سبق، يظهر أنّ التّخريج على قواعد الإمام هو نظير تَخريج المناط من المجتهد في نصوص الشّريعة.

ومن ذلك؛ البحث عن المُدْرَك المناسب، والتّحقّق من اعتبار إمام المذهب له، والفتش عن وجوده في المسألة غير المنصوصة بواسطة الاستقراء، وبذل الجهد في ذلك.

وفي ذلك كلّه يقول الإمام القرافي -رحمه الله-: «قاعدة الفقهاء، وعوائد الفضلاء؛ أنّهم إذا ظفروا للنّوع بمدرَك مناسب، وفقدوا غيره جعلوه معتمداً لذلك الفرع في حقّ الإمام المجتهد الأوّل الذي أفتَى بذلك الفرع، وفي حقّهم أيضاً في الفتيا والتّخريج.

واستقراء أحوال الفقهاء في مسلك النّظر، وتَحرير الفروع يقتضي الجزم بذلك...، والعدول عن ذلك بعد ذلك إنّما هو التزامٌ للجهالة من

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/٣٨٧-٣٨٨، والفروق ٢/١٠٧-١١٠، و٣/٤٤، و٤٦، والذّخيرة ١/٣٥، ومواهب الجليل ١/٥٣، ونشر الورود ص ٦٢٨، والقواعد القرّافيّة ١/٢٢٠-٢٢١.

غير معنًى مناسب.

ويؤيّد ذلكَ: أنّا في كلام الشّرع إذا ظفرنا بالمناسبة جزمنا بإضافة الحكم إليها، مع تَجويز ألا يكون الحكم كذلك عقلاً، لكن الاستقراء أوجب لنا ذلك، ولا نُعَرِّج على غير ما وجدناه، ولا نلتزم التّعبّد مع وجود المناسب.

هذا مِمَّا أجمع عليه الفقهاء القَيَّاسون، وأهل النّظر والرّأي والاعتبار.

فأولى أن نفعل ذلك في كلام غير صاحب الشّريعة، بل نَحمل كلام العلماء على المناسب لتلك الفتاوى السّالم عن المعارض».

ثم قال بعد ذلك مُبيِّناً عمل المخرِّج حال تعارض المدارك أو المناسبات التي قام عليها: «نعم، إذا وجدنا مناسبين تعارضا أو مدركين تقابلا؛ فحينئذ يَحسن التّوقّف»[1].

المصطلح التّاسع: القاضي:

يكثر ذِكْرُ كلمة: (قال القاضي)، والمعنِيّ بذلك هو المؤلّف نفسه رحمه الله، ويَحتمل أن يكون هو نفسه القائل، أو كاتبه، ومن ذلك قوله: «قال القاضي: فهذا هو الذي رأينا أن نثبته في هذا الكتاب من المسائل التِي ظننّا أنّها تَجري مَجرى الأصول...»[2]، وقوله: «قال القاضي: والذي يقتضي القياس والتّجربة...»[3]، وقوله: «قال القاضي: وهو ظاهر ما حكاه جَدِّي رحمه الله عليه في المقدّمات عن المذهب»[4].

(١) الفروق ١/٤٨-٤٩.
(٢) بداية المجتهد ١/٨٨، وانظر: ١/٩٣، و١٠٩، و٣٨٠.
(٣) بداية المجتهد ١/٢٨٥.
(٤) بداية المجتهد ٢/٤٦٠.

المبحث الرّابع: أهميّة الكتاب وبيان مزاياه

كلّ ما تقدّم تدوينه في الفقرات السّابقة بدءًا من سبب تأليف الكتاب، فموضوعه، ومنهجه؛ لَبَيَانٌ شاف وبرهانٌ كاف لأهمية هذا الكتاب ومزاياه، ولملكة مؤلّفه؛ لأنّ أهمية الكتاب تتبيّن من أهمية الكاتب، والمؤلّف قد أثنوا عليه في الفقه كما أثنوا عليه في الطّبّ والفلسفة، فابن الأبّار يذكر أنّ التّوحيد والفقه كانا من العلوم التي فتح ابن رشد حياته في المعرفة والتّدريس، وأنّ مؤلّفاته في العلوم الشّرعية أعظم من تآليفه في الحكمة والطّبّ والفلك، وبعضهم يجعله في الطّبقة الأولى من فقهاء الأندلس، مثل: ابن سعيد المغربي.

وقال -أيضاً-: كان حافظاً للفقه، مقدّماً على جميع أهل عصره فيه، عارفاً بالفتوى على مذهب مالكٍ، نافذاً في علم الفرائض والأصول[١].

وقال القاضي أبو الحسن النَّبَّاهِيّ المالقي الأندلسي: من القضاة بقرطبة؛ محمّد بن أبي القاسم بن رشد، يُكنّى أبا الوليد، وهو حفيد أبي الوليد قاضي الجماعة بقرطبة، كان من أهل العلم والتّفنّن في المعارف، أخذ النّاس عنه، واعتمدا عليه[٢].

وقال عنه الإمام الذّهبي: وله من المصنّفات: كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه، علّل فيه ووجّه، ولا نعلم في فنّه أنفع منه، ولا

---

(١) انظر: التّكملة لابن الأبّار ٢/٥٥٣-٥٥٥، (١٤٩٧).

(٢) انظر: قضاة الأندلس للنّباهي ص ١١١.

أحسن مساقاً[١].

قال في الفكر السّامي: «له بداية المجتهد المطبوعة المتداولة، دالّةٌ على باعٍ وكمال اطّلاعٍ على اختصارها، وبدايته نهاية غيره»[٢].

جمع ابن رشد كثيراً من العلوم النّقلية والعقليّة، وبرع بها...، ويمكننا تحديد عناصر ثقافته بالمواد التّالية: الفقه، الحديث، الأصول، الخلاف، علم الكلام، الأدب، العربية، الطّبّ، الفلسفة والمنطق[٣].

ولا يعكر على أهمية هذا الكتاب، ولا يقلّل من قيمته وشأنه ما اشتهر عندالمالكية من تَحذيرهم من اتّفاقات ابن رشد؛إذ يقول ناظمهم[٤]:

وحذروا أيضاً من إجماعٍ عن ابن عبد البرّ ذي السّماع

وحذروا أيضاً من اتّفاقٍ عن ابن رشد عالِم الآفاق

وقال الونشريسي في المعيار: إجماعات أبي عمر مدخولةٌ، وقد حذرالنّاصحون منها، ومن اتّفاقات ابن رشد، واحتمالات الباجي، واختلاف اللّخمي[٥].

---

(١) انظر: سير أعلام النّبلاء ٣٠٨/٢١، وتاريخ الإسلام ١٩٨/٤٢، نقلاً مقدّمة السّحيباني للبداية ٥٨/١.

(٢) الفكر السّامي للحجوريّ الفاسيّ ٢٢٨/٢.

(٣) انظر: سير أعلام النّبلاء ٣٠٨/٢١، ومقدّمة تحقيق الهداية ٢٤/١-٢٥.

(٤) هو: القلاوي الشّنقيطيّ، من منظومة الطّليحة (ضمن مجموع)، الطّبعة الأولى (١٣٣٩هـ/ ١٩٩٢)، ص٩٢، من هامش كتاب القواعد للمقرّي هامش (١٢١)،٣٤٩/١، تحقيق: د. أحمد بن عبدالله بن حميد.

(٥) انظر: المعيار المعرب ٣١/١٢.

وقبله المقرّي، قال في القواعد: «حَذَّرَ النّاصحون من أحاديث الفقهاء، وتَحميلات الشّيوخ، وتَخريجات المتفقّهين، وإجماعات المحدِّثين.

وقال بعضهم: احذر أحاديث عبد الوهّاب، والغزالي، وإجماعات ابن عبد البرّ، واتّفاقات ابن رشد، واحتمالات الباجي، واختلافات اللّخمي...»[١].

ومِمّا ينبغي التّنبيه عليه هنا والإشارة إليه، أنّ العلماء أخذوا هذا الكلام على ظاهره، والذي يظهر لِي والله -تعالى- أعلم؛أنّ التّحذير داخل مذهب المالكيّة فقط؛لأنّهم يرون هؤلاء خرجوا عمّا درج عليه كثيرٌ من علماء المذهب، الذين أَلِفُوا الْتِزَامَ أقوالِ أئمة المذهب وعدم الخروج عنها، وقَصْرَ عِنَايَتِهِم عليها على حساب الأدلّة الشّرعية، يدلّ على ذلك؛ أنّ هؤلاء المذكورين من علماء المالكية هم الذين لهم آراء وترجيحاتٌ خارج المذهب، ويعتنون بالأدلّة أكثر من عنايتهم بأقوال أئمة المذهب، ومِمّا يدلّ عليه قول ما نقله المقرّي في قواعده: «وقيل: كان مذهب مالكٍ مستقيماً حتّى أدخل فيه الباجي يَحتمل ويَحتمل، ثم جاء اللّخمي فعدّ جميع ذلك خلافاً...»[٢]، فيحسن التّنبّه لِمصطلحاتٍ خاصّةٍ لِمذهبٍ معيَّنٍ، وإلاّ رُدَّ كثيرٌ من العلوم بِمثل هذا.

ويُؤكِّدُ أهمية بداية المجتهد، وضعف ما نقل من التّحذير منه، وأنّ مثل هذا التّحذير لا يقلّل من قيمته، يؤكّد ذلك أنّه قد قام ثلاثة من

(١) قواعد المقرّي ١/٣٤٩-٣٥٠، القاعدة (١٢١).

(٢) قواعد المقرّي ١/٣٥٠.

الباحثين[١] في جامعة أم القرى، بمكّة المكرّمة -حرسها الله- بتسجيل رسالة علميّة موضوعها: (تَحرير اتّفاقات ابن رشد)، وقد توصل هؤلاء الباحثون إلى أنّ الاتّفاقات التي يحكيها ابن رشد صحيحةٌ، وذلك بعد الدّراسة والبحث والتّتبّع.

والمعلوم أنّ ابن رشد عالٌّ على الإمام الحافظ ابن عبد البرّ في هذه الاتّفاقات، ناقلٌ عنه، معتمدٌ عليه في الغالب، فإذا صحّت اتّفاقات الفرع، فالأصل من باب الأولى والأحرى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

ومن أهميّة هذا الكتاب ومُمَيِّزاته: ما سلكه المؤلِّف من منهجٍ مُتميِّزٍ، كما تقدّم في المطلب الثّاني عند الكلام عن منهج مؤلِّفه.

ويدلّ على أهمية الكتاب، مكانةُ مؤلِّفه في سائر العلوم؛ حتّى أثّر فيمَن بعده، فقد أصبح مرجعاً، ومصدر العلم للذين جاؤو من بعده؛ فعوّل عليه ابن تيمية في ردِّه على المتكلِّمين، واعتمد كتابه بداية المجتهد في فقه الخلاف فقهاءُ الأمصار من عصره إلى يومنا هذا وإلى ما بعده إن شاء الله تعالى، وقد ذكر المقرِّي أنّ ابن خلدون لَخَّصَ كثيراً من كتب ابن رشد[٢]، وذكر مَخلوف أنّ كتابه (الكلّيّات) في الطّبّ جليلٌ، تُرجِمَ إلى اللاتينية، والإسبانية، والعبرية، وطُبِعَ في بلاد أوروبا[٣].

ويدلّ على أهمّيّة الكتاب حقّ الدّلالة: اختيار مَجلس الجامعة

---

(١) منهم: الشّيخ عبد الله بن عليّ بصفر، وذلك عام ١٤١١هـ-١٤١٢هـ، وهانِي أحمد عبد الشّكور، نُوقِشَ عام: ١٤١٨هـ.
انظر: مقدّمة السحيباني للبداية ١/٤٨، و٥٩-٦٠.

(٢) انظر: نفح الطّيب ٣/١٨١.

(٣) انظر: شجرة النّور ص ١٤٧، والأعلام للزّركلي ٥/٣١٨.

الإسلامية بالمدينة النّبويّة -حرسهما الله- له منذ أكثر من ثلاثين (٣٠) سنة؛ ليكون مقرَّراً في الفقه بين يدي طلاب كلّيّة الشّريعة والكلّيّات الأخرى التي يدرس فيها الفقه، ومرجعاً من مراجع الفقه، وقد تَمَّ اختياره من بين عشرات الكتب المماثلة له، وما ذاك إلاّ لحسن سياقه، وحسن عرضه، وغزارة مادّته، علماً أنّ هذا المجلس يضمّ نُخبةً من العلماء الأفاضل، في مقدّمتهم: رئيس الجامعة الإسلامية، ومفتي المملكة -حرسها الله-، ورئيس القضاة وقتئذ: الشّيخ/ محمّد بن إبراهيم آل الشّيخ، رحمه الله، وفضيلة نائبه: الشّيخ/ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، مفتي المملكة سابقاً، وفضيلة العلاّمة الشّيخ/ محمّد الأمين الشّنقيطيّ رحمهم الله في آخرين من أهل العلم والفضل.

ومِمّا يدلّ على أهمّيّته أيضاً علاوة لِما سبق: قيام مَجلس الجامعة الإسلاميّة أخيراً، وبالتّحديد في التّاريخ: (١٥/٠٩/١٤٠٧هـ)، في الخامس عشر من شهر رمضان المبارك باتّخاذ قرار، كُلِّفَ فيه عميد كلّية الشّريعة بتشكيل لَجنة من أصحاب الفضيلة أعضاء هيئة التّدريس بالكلّيّة للقيام بِتحقيق الكتاب تَحقيقاً علميّاً جارياً على أصول التّحقيق، وقواعده، وضوابطه المعروفة، وتَمَّ ذلك في السّنة التّالية ١٤٠٨هـ، وكان شيخنا محمّد ناصر بن سلطان السّحيباني أحد أعضاء اللّجنة، وكان نصيبه من التّحقيق كتابَي: الطّهارة، والصّلاة[1].

ولأهمّيّة الكتاب، ومَنْزلته العلميّة قام بِتخريج أحاديثه علماء أفاضل

(١) انظر: مقدّمة السّحيباني للبداية ١/٦، و٦٠-٦١.

خدمةً منهم لِهذا الكتاب القيِّم، فكما هو معلومٌ؛ فقد خَرَّجَ أحاديثه كلٌّ من العلاّمة/ أحمد صدِّيق الغماري في كتابه: الهداية، وكذلك فضيلة الشّيخ/ عبد اللّطيف بن إبراهيم آل عبد اللّطيف، وفضيلة الشّيخ/ حماد الأنصاري رحم الله الجميع، وأسكنهم فسيح جناته، وجزاهم الله عن العلم وأهله وطلابه خير الجزاء.

قال شيخنا محمّد السّحيبانِي: ((تنبيه: ولعلّ من طريف الاستدلال على أهمّيته؛ أن أُنَبِّه إلى أنّ أحد الإخوة عفا الله عنه، قد سطا على هذا الكتاب: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، فغيّر اسمه فسمّاه: (إرشاد المسترشد في تهذيب مذاهب أئمة الهدى في الفقه وأدلّته)

-قال- ولو سَمّاه: (تَهذيب بداية المجتهد) لكان أقربَ؛ فإنّه تَابَعَ المؤلِّف في كتابه تبويباً وتفصيلاً، وفي المسائل مسألةً مسألةً، إلاّ أنّه رُبّما حذف الشّيء اليسير، أو غيّر تغييراً قليلاً في العبارة، ولم يُشِرْ في المقدّمة إلى كتاب ابن رشد، ولا إلى غيره، إلاّ أنّه في أوّل كتاب الصّلاة الثّانِي، بعد أن ذكر أقسام الصّلاة قال: وكذلك نبوّب لكلّ واحدةٍ منها تبعاً للمصنِّف ابن رشد، فالله المستعان، وقد طبع هذا الكتاب في جزئين، وطبع مرّتين فيما أعلم))[1]، ذلك هو أهمية الكتاب في الجملة.

أمّا مزاياه الذّاتية؛ فيُمكن تَلخيصها في النّقاط التّالية:

١-سبب تأليفه، موضوعه، أسلوب المؤلِّف ومنهجه، دليلٌ على امتياز الكتاب.

٢-الموضوعية والإنصاف وعدم استبداد بالرّأي:

---

(١) مقدّمة السّحيبانِي لِتحقيق بداية المجتهد ١/٦١.

ليس في عمل البشر شيءٌ كاملٌ لا يعروه نقصانٌ، ولا صالحٌ محضٌ لا يُخالطه ما يعكره؛ لأنّ الكمال لله -سبحانه وتعالى- وحده، وقد فهم الفقيه ابن رشد هذا الأصل وهذا المبدأ، وهو الذي جعله أبعد النّاس عن التّعصّب بِمذهبٍ معيَّنٍ، بل خطا خطوةً مثاليةً يضرب بها مثلٌ للإنصاف الحقيقيّ والموضوعية في البحث العلمِي؛ حيث يقول في آخر كتاب الطّهارة ما نصّه: «... وإن تذكّرنا لشيءٍ من هذا الجنس أثبتناه في هذا الباب.

وأكثر ما عَوَلتُ فيما نقتله من نسبة هذه المذاهب إلى أربابها هو كتاب الاستذكار، وأنا قد أَبَحْتُ لِمَن وقع من ذلك على وهمٍ لِي أن يصلحه، والله المعين والموفِّق»[١].

وقال في آخر كتاب الزّكاة: «فهذا ما رأينا أن نثبته في هذا الكتاب، وإن تذكّرنا شيئاً مِمّا يشاكل غرضنا أَلْحَقناه به إن شاء الله -تعالى-»[٢].

انظر موضوعية عالِمٍ لا يدَّعِي لنفسه العصمة والصّواب دائماً، ويقبل النّقد والتّعقيب الهادف إلى تَحقيق الهدف المنشود، الأمر الذي يأباه كثيرٌ من النّاس إلاّ مَن رحمه الرّحمن.

وقال رحمه الله في أواخر كتاب الكتابة: «وفروع هذا الباب كثيرةٌ، لكن الذي حضر منها في الذِّكْر هو ما ذكرناه، ومَن وقعت له من هذا الباب مسائلُ مشهورةُ الخلاف بين فقهاء الأمصار وهي قريبةٌ من المسموع؛ فينبغِي أن تُثْبَتَ في هذا الموضع؛ إذ كان القصد إنّما هو إثبات

---

(١) بداية المجتهد ١/٨٨.

(٢) بداية المجتهد ١/٢٧٨.

المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها في الشّرع»[(١)]؛ فلم يَدَّعِ الحصر والاستيعاب لِفروعٍ ذَكَرَهَا، بل اعترف بأنّها كثيرةٌ جدّاً، وخارجٌ حصرُها عن مقدور إنسانٍ.

ففي هذه المقامات، وفي هذا التّصريح وهذه الإباحة في إصلاح ما قد يبدر منه على وجهٍ غير سليمٍ في نسبة المذاهب، أو إثبات مسألةٍ أو فرعٍ من الأشباه المذكورة ونظائرها، كلّ هذا ونحوه كان إنصافاً رفع بقدر المؤلّف، وشهَّر صوته على منبر الحقّ، وكان ذلك اعترافاً بالواقع؛ إذ ليس لأحد أن يدَّعِي الصّواب والإصابة في كلّ ما يقوم به من الإنجازات كثيرةً كانت أو صغيرةً؛ فإنّ ذلك لا يتيسّر إلاّ مَن منحه الله العصمة.

وذلك تطبيقٌ عَمَلِيٌّ لِما قَرَّرَه أنّ الإنسان مَهما بلغ لا يمكن أن يُحَقِّقَ حاجاته بِمفرده دون احتياجه للآخرين؛ فَمِن باب أولَى وأحرَى أن لا يُحَقِّقَ حاجات الآخرين بِمفرده[(٢)].

فما تقدّم ذِكْرُهُ شيءٌ من جوانب تَجَلَّت فيها قدرته العلميّة وإنصافه وموضوعيته في البحث والنّظر.

٣- التّرجيح حسب الأدلّة:

تقدّم أنّ المؤلّف الفقيه ابن رشد لم يكن بِرجلٍ يستبدّ برأيه بغير بيّنةٍ ولا دليلٍ، ولا بالذي يتعصّب لرأيٍ وقد بان خطؤه أو ضعفه، بل كان حرّاً في تفكيره، مستقلاًّ خارجاً عن ربقة التّقليد، بعيداً عن ضيق الأفق،

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣٨٧-٣٨٨.

(٢) انظر: فصل المقال ص ٩٠-٩١، ودرء تعارض العقل والنّقل ٩/٣٣٨، و٣٤١-٣٤٢، و٣٧٤، وتاريخ فلاسفة الإسلام ص ١٢١، ومقدّمة بغية المرتاد ص ٧٧.

دائراً مع الأدلّة التي يرى فيها المناسبة والقوّة، ملتزماً بالأمانة العلميّة، فهو وإن كان مالكيَّ المذهب في نشأته إلاّ أنّ ما أخذ على نفسه من البحث الموضوعيّ، ومقابلة النّصّ بالنّصّ مع الدّراسة والتّمحيص وإظهار الصّواب حيث كان بغية الوصول إلى رتبة الاجتهاد، حمله على عدم المبالاة في ترجيح الرّأي ولو كان ذلك يؤدّي إلى مخالفة المذهب السّائد في بلده الذي هو المذهب المالكيّ؛ فالرّأي الذي يناله التّأييد والتّرجيح هو الذي بجانبه دليلٌ قويٌّ أو تعليلٌ وجيهٌ، ولذلك أمثلةٌ كثيرةٌ[1]، عرضت عن ذكرها خشية الزّيادة في الإطالة.

والهدف المنشود إليه هو تصوير مثالية المؤلِّف، وموقفه مع الأدلّة المتعارضة النّقليّة منها والعقليّة، ليتّضح جليّاً أنّه ذو شخصيّة بارزة، وطاقة عقليّة واسعة، وفكرية عميقة، الأمر الذي يَجُرُّنا بحقٍّ إلى القول بأنّه واحدٌ من الأئمة المجتهدين مطلقاً، وليس في عداد علماء الفقه المقلّدين داخل مذهبٍ معيَّنٍ؛ إذ دراسته مذاهب الصّحابة وفقهاء الأمصار من بعدهم، مع التّحقيق والتّدقيق، ثم المقارنة بين الأدلّة حسب القوّة والضّعف لا حسب الهوى النّاتج عن التّعصّب المذهبيّ، ثم التّرجيح بعد ذلك بموجب الأدلّة، كلّ ذلك يدلّ دلالةً واضحةً ناطقةً أنّه بلغ رتبةَ المجتهدين المحقّقين المدقّقين مطلقاً[2].

---

(١) انظر على سبيل المثال لا الحصر: ١/٨٦، و١٤٣، و٢٦١، و٤٢٠، و٢/١٠٣، و١٢٠، و١٩٨، و٢٠٥، و٢٨٦، و٢٨٨-٢٨٩، و٢٩٨، و٣٨٩، وغيرها كثيرةٌ.

(٢) انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٢٣٦.

٤- مصادره في الكتاب:

تلك الأقوال العديدة من لدن الصّحابة إلى مَن بعدهم في شتّى المذاهب المشهورة وغير المشهورة تدلّ بوضوحٍ على أنّ في حوزة الإمام ابن رشد مصادرَ من أمّهات الكتب في مختلف الفنون؛ إذ بدونها لا يستطيع تدوين مثل هذه المذاهب في تلك العصور المختلفة، وكان من أهمّ تلك المصادر القرآن الكريم، ثم العديدُ من المصادر والمراجع نصّ على بعضها والكثير منها لَم ينصّ عليه، أمّا المنصوص عليها فمنها[1]:

١-الاستذكار، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البرّ الأندلسّي (٣٦٨-٤٦٣هـ).

٢-الجامع الصّحيح، وهو سنن التّرمذيّ، لأبي عيسى التّرمذيّ (٢٠٩-٢٧٩هـ).

٣-سنن أبي داود، لأبي داود، سليمان بن الأشعث السّجستانِي (٢٠٢-٢٧٥هـ).

٤-سنن النَّسائي (ت ٣٠٣هـ).

٥-الصّحيح الجامع، لأبي عبد الله محمّد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ).

٦-صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (ت ٢٦١هـ).

---

(١) انظر نصّه على هذه المصادر على سبيل المثال في: بداية المجتهد ٣١/١، و٣٦، و٣٩-٤٠، و٤٧، و٥٥، و٨٢، و٨٨، و١٠٢، و١٠٩، و٣٣٠، و٤٣٢، و٥٦/٢، و٨٢، و٢٥٧، و٢٨٨، و٣٦٧، و٣٦٩، و٣٨١، و٤٦٠.

٧-كتاب أبي عبيدة في الفقه، لعلّه هو كتاب الخراج، لأبي عبيدة.

٨-كتابٌ في أصول الفقه؛ (الضّروري في أصول الفقه)، للمؤلّف ابن رشد الحفيد.

٩-مُختصر ما ليس في المختصر، تأليف: أبي إسحاق، محمّد بن القاسم بن شعبان بن محمّد (ت ٣٥٥هـ)، وهو مخطوط(١).

١٠-مصنّف عبد الرّزاق الصّنعاني (ت ٢١١هـ).

١١-المقدّمات المُمَهِّدات، لأبي الوليد محمّد بن أحمد القرطبي الجدّ (ت ٥٢٠هـ).

ومِمّا لا شكّ فيه؛ أنّ كتب ابن عبد البرّ الأُخَر وبخاصّة: التّمهيد، كان بين يديه، وفي متناوله، مع إعجابه بابن عبد البرّ وعلمه وفضله.

كذلك كتب جدّه: البيان والتّحصيل، والفتاوى.

وكذلك كتاب ابن حزم: المحلّى، والإحكام، مِمّا لا شكّ أنّه رجع إليهما، خاصّةً وأنّ ابن حزم محلّ إعجابه(٢).

وكذلك المنتقى للباجي، إلى غير ذلك من كتب المالكية وغيرها.

ومن كتب الحديث الذي لا شكّ أنّه بين يديه: الموطأ، وقد حفظه صغيراً، وكذلك بقية السّنن، وأئمة الحديث(٣).

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٨٢/٢، والدِّيباج ص ٣٤٥-٣٤٦، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٢٤٣.

(٢) انظر مثلاً: بداية المجتهد ٥٥/١، و٨٨، و٩٣.

(٣) مثل: البخاري، ومسلم، وأبو داود، والتّرمذي، ويَحيَى بن معين، وغيرهم. انظر: بداية المجتهد ٣٩/١-٤٠، و٥٥.

إلى جانب كتب الأصول في المذاهب الأخرى.

وجوّ الأندلس عموماً وقرطبة خصوصاً يُعَدُّ مرجعاً أساسياً؛ حيث كانت منتهى الغاية، ومركز الرّواية، وقرارة أهل الفضل، ووطن أولي العلم والنُّهَى، وفي ذلك يقول الإمام ابن رشد الحفيد لابن زهر في تفضيل قرطبة: «ما أدري ما تقول غير أنّه إذا مات عَالِمٌ بإشبيلية فَأُرِيدَ بيع كتبه حُمِلَت إلى قرطبة حتّى تُباعَ فيها، وإن مات مُطْرِبٌ بقرطبة فأُرِيدَ بيع آلاته حُمِلَت إلى إشبيلية، قال: وقرطبة أكثر بلاد الله كتباً»[1]، لا شكّ أنّ ذلك الجوّ مصدرٌ هامٌّ مناسبٌ في تزويده وإمداده في استخلاص أقوال المذاهب وطريق الاختلاف، مع دراسة أدلّتها التّفصيليّة وتوجيه الاستدلال بها والموازنة بينها.

ولعلّ السّرّ في عدم ذكر مراجعه كاملةً أنّ ذكر المراجع في تلك العصور لم يكن مألوفاً كما هو في عصرنا اليوم[2]

---

(١) انظر: نفح الطّيب ١/١٥٥.

(٢) انظر: الدّولة الموحّديّة ص ٢٧٨، ومقدّمة السّحيباني للبداية ١/٥٧، وبداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٢٤٤.

المبحث الخامس: الملحوظات على الكتاب

تقدّم بيان أهمية هذا الكتاب، وما حازه من مكانة علميّة كبيرة الأهمّية بين الكتب الإسلاميّة، بيد أنّه لا يَخلو مِن أمورٍ تَحتاج إلى إعادة النّظر، شأنه فيها شأن كلّ سَفَرٍ من أمّهات الأسفار التي صورت آراء عددٍ من الفقهاء، ومعلومٌ أنّ هذا لا يقلّل من شأنه ومكانته عند أرباب الصّناعة الفقهيّة؛ حيث طارت شهرته لديهم لوفرة مسائله وكثرة فوائده[1]، والمسلَّم لدى الجميع أنّ الكمال -لله سبحانه وتعالى-، والعصمة لكتابه، ومهما بلغ البشر من إتقانٍ ودقّة؛ فإنّ عمله لا يَخلو من ملاحظة لتباين وجهات نظرٍ من شخصٍ لآخر، الأمر الذي فهمه المؤلّف نفسه؛ فأباح الاستدراك الهادف المُكَمِّل للغرض المنشود من تأليف الكتاب؛ لذا أُسَجِّلُ ما زعمته ملاحظةً على المؤلّف وكتابه فيما يلي:

أوّلاً: ترتيب أقوال الأئمة وذكر أسباب الخلاف:

لم يلتزم أحياناً في ترتيب أقوال الأئمة الأربعة وغيرهم حسب الأقدمية أو الأرجحية، ترتيباً معيَّناً، ولا نظاماً مطرّداً.

ولعلّ السّر في ذلك: أنّه كان يذكر تلك الأقوال حسب انتهائه من إعدادها، فكلّ ما انتهى من جمع أطرافها وجزئيّاتها أَوْرَدَها دون مراعاةٍ لترتيبها الزّمنيّ أو ترتيبها حسب القوّة أو الضّعف، ولكنّه في غالب الأحوال يبيّن ما هو مُجمَعٌ عليه عند الجميع أو المتّفق عليه لدى الأكثريّة، وذلك في المسائل الرّئيسة، ومهما يكن من أمرٍ؛ فإنّ قضية ترتيب الأقوال

---

(١) انظر: بداية المجتهد وأثره في الفقه المقارن ص ٩١.

شَكْلِيٌّ، وليس من جوهر الموضوعات العلميّة؛ لذلك فالملاحظة شكليَّةٌ.

أمّا ذكر أسباب الخلاف؛ فإنّه كان مُوَفَّقاً في أغلب أحواله، وجلّ مباحثه؛ فقد كان يبدأ بذكر أقوال الأئمة المختلفة في مسألة مسألة، ويذكر ما يراه سبباً لذلك، مع تَحرِّيه حصر الأسباب في الأدلّة الشّرعيّة أو القواعد الأصوليّة.

ثانياً: نسبة المذاهب إلى أربابها:

أحياناً قد يُجانِبُ المؤلِّفَ الصّوابُ في نسبة بعضٍ من الأقوال التي يذكرها إلى أربابها، وذلك يقع غالباً عند ما يقتصر على قولٍ لعالمٍ له أكثر من قولٍ في مسألة؛ فيكون الذي اقتصر عليه ليس صحيحاً في مذهبه، أو أنّه رجع عنه، كما في مسألة غَسل ما انسدل من اللّحية في الوُضوء؛ حيث قال: «وأمّا ما انسدل من اللّحية؛ فذهب مالكٌ إلى وجوب إمرار الماء عليه، ولم يوجبه أبو حنيفة ولا الشّافعي في أحد قوليه»[1].

بعد هذه الدّراسات المستفيضة لجوانبَ مُحيطةٍ بابن رشد وكتابه بداية المجتهد؛ خلصت وتوصّلتُ يَقيناً إلى النّقاط التّالية:

١- أنّ المؤلِّف ابن رشد إمامٌ مُجتهدٌ من مُجتهدي الأمّة، مُحقِّقٌ من مُحَقِّقيها.

---

(١) بداية المجتهد ١/١١، وانظر: مختصر القدوري ص ١١، والمهذّب ١/٦٤، والمجموع ١/٢٠٩، وشرح منتهى الإرادات ١/٩٣.
وهذا المثال ذكرته تبعاً للشّافعي في رسالته، وإن كان لا يَحسن أن يكون مُلاحظةً على المؤلِّف؛ لأنّه، أوّلاً نَصَّ على أنّه أحد قولي الإمام الشّافعي، وهو صادقٌ في ذلك، ثانياً: أنّ كلا القولين مشهوران عند الشّافعيّة، وإن كان أحدهما أرجح من الآخر، وعلى كلّ حال؛ فإنّ اقتصاره على أحد قولين مشهورين لِمذهبٍ معيَّنٍ، أو عالِمٍ معيَّنٍ لا يسوغ تَسجيله كالملاحظة عليه. والله تعالى أعلم.

٢-أنّه رحمه الله -تعالى- صاحب الدِّين والعقيدة، سليم المنهج، من أئمة الهُدَى، ونُجوم الإسلام.

٣-أنّه كتابٌ في: الحديث وعلومه، والتّفسير وعلومه، والفقه وأصوله، واللّغة والنّحو، والآداب والبلاغة، بل هو دِيوان علوم الشّريعة واللّغة العربية عموماً.

٤-أنّ كتابه بداية المجتهد مَمْلُوءٌ بِقواعدَ أصوليّةٍ وفقهيّةٍ، ويُمَثِّل جانباً كبيراً من شخصية الإمام ابن رشد الأصوليّة إلى جانب تصوير شخصيته الفقهيّة المستقلّة، وقد استعمل في تقريره مسائل الفقهاء وآرائهم كثيراً من القواعد الأصوليّة والفقهيّة تَجري مَجرى النّصوص الشّرعيّة، أو القياسيّة العقليّة، بأسلوبٍ واضحٍ، وتعبيرٍ سليمٍ من التّعقيد لا يتوافر في العادة والمألوف إلاّ من شخصيّة المجتهدين الرّاسخين، الذين جمعوا بين المنقول والمعقول.

وقد جمعتُ تلك القواعد، ثم اخترت منها تسعةً وسبعين [٧٩] قاعدةً للدّراسة معتبراً في الاختيار الأمور التي سبق ذكرها في منهجِي في البحث.

والله سبحانه تعالى أسأل أن يُعينني في دراستِي لها، وأن يُسدِّد خطاي لِما فيه الصّواب، وأن يُجنِّبني الزّلل في القول والعمل، كما أسأله تعالى الكريم مزيد التّوفيق والسّداد؛ إنّه سَميعٌ مُجيبٌ، وهو ولِيُّ ذلك والقادر عليه.

وصلّى الله وسلّم وبارك وأنعم على خير خلقه محمّد بن عبد الله، وآله وصحبه ومَن تَمَسَّك بِهديه إلى يوم الدِّين، آمين.



القسم الثّانِي: دراسة القواعد والضّوابط في كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

وفيه خمسة أبوابٍ:

الباب الأوّل: القواعد الكلّيّة التِي لا تختصّ بكتابٍ أو بابٍ معيَّنٍ.

الباب الثّانِي: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالعبادات.

الباب الثّالث: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالنّكاح وعقود المعاملات.

الباب الرّابع: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالجنايات (الحدود والقصاص) والكفّارات.

الباب الخامس: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالقضاء والدّعاوى والمِلك والميراث والضّمان.



الباب الأوّل: القواعد الكلّيّة الّتي لا تختصّ بكتابٍ أو بابٍ معيّنٍ.

وفيه اثنا عشر مبحثاً

١- المبحث الأوّل: قاعدة: النّفس أعظم حرمةً من المال.

٢- المبحث الثّاني: قاعدة: ليس ينسب إلى ساكتٍ قولٌ.

٣- المبحث الثّالث:قاعدة:النّاسي معذورٌ والعامد غيرُ معذورٍ/النّاسي غير معاقبٍ.

٤- المبحث الرّابع: قاعدة: الشّكّ لا يوجب عملاً ولا يرفع العلم الموجب للعمل.

٥- المبحث الخامس: قاعدة: لا يجتمع الأصل والبدل في فعلٍ واحدٍ.

٦- المبحث السّادس: قاعدة: البدل عمّا ليس بواجبٍ ليس بواجبٍ.

٧- المبحث السّابع:قاعدة:إذا ارتفع السَّبَبُ ارتفع المسبَّبُ الذي يقتضيه ضرورةً.

٨- المبحث الثّامن: قاعدة: يجزي تقديم الحقّ الواجب قبل وقت وجوبه.

٩- المبحث التّاسع: قاعدة: الفروع تابعةٌ للأصول فوجب لها حكم الأصل.

١٠- المبحث العاشر:قاعدة:الأصل هو أنّ القضاء يجب أن يكون على صفةالأداء.



المبحث الأوّل: القاعدة الأولى [١]

[النَّفْسُ أَعْظَمُ حُرْمَةً من المَالِ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل الطّوارئ في باب الضّمان، مسألة ما أتلفه الإنسانُ لدفع أذيته، دليلاً؛ حيث قال: «ومن هذا الباب: اختلافهم في الجمل الصّؤول، وما أشبهه، يَخاف الرّجلُ على نفسه؛ فيقتله، هل يَجب عليه غُرْمُهُ أم لا؟

فقال مالك والشّافعي[١]: لا غُرْمَ عليه إذا بان أنّه خافه على نفسه.

وقال أبو حنيفة والثّوري: يَضْمَنُ قيمَتَهُ على كلّ حال[٢].

وعمدة مَنْ لَم ير الضّمان؛ القياس على مَنْ قصد رجلاً فأراد قتله؛ فدافع المقصود عن نفسه؛ فقتل في المدافعة القاصدَ المتعدِّيَ، أنّه ليس عليه قَوَدٌ، وإذا كان ذلك في النّفس كان في المال أحرى[٣]؛ **لأنّ النَّفْسَ أَعْظَمُ حُرْمَةً من المالِ**، وقياساً أيضاً على إهدار دم الصّيد الحرميّ إذا

---

(١) والحنابلة، والظّاهرية.

انظر: المعونة ١٣٦٩/٣، والمنتقى ٤٤٧/٧، والفروق ٩/٤، و١٨٣، ف (٢٤٧)، والمهذّب ٦٨٤/١، و٣٣٧/٣، والمجموع ٢٢٢/٧، والمنثور ٧٤/٢، ومختصر الخرقي والمغني ٥٣٠/١٢، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٣٢/١٥، و٣٤٣، وقواعد ابن رجب ص ١٣٣، و١٣٥، والمحلّى ٤٤٢/٦-٤٤٣.

(٢) انظر: الهداية ١٦٤/٤-١٦٥، والفروق ١٨٥/٤.

(٣) يعني: إذا كان له أن يقتل نفساً باغياً عليه يريد قتله، دفاعاً عنه، وليس عليه ضمانُهُ بقود؛ فلأَنْ جاز له إتلاف مالٍ صائلٍ باغٍ عليه يريد أَذيَّتهُ أولى وأَحْرَى؛ لأنّ النّفس أعظم حرمةً من المال.

صال،وتَمَسَّك به حُذّاق أصحاب الشّافعي[١].

وعمدة أبي حنيفة: أنّ الأموال تُضْمَنُ بالضّرورة إليها، أصله المضطرّ إلى طعام الغير[٢]، ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفسٍ»[٣].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «حُرْمَةُ النّفس أعظمُ مِن حرمة المال»[٤].

ما جاء في المقدّمات: «حرمة المال أخفض من حرمة النّفس»[٥].

ما جاء في عقد الجواهر: النّظر الثّاني: في دفع الصّائل، وهو في المدفوع، والمدفوع عنه، والدّفع...، وأمّا المدفوع عنه؛فكلّ معصومٍ من نفسٍ، وبضعٍ، ومالٍ، وأعظمها حرمةًالنّفسُ[٦].

ما جاء في الفروق: «أعظمُ المدفوع عنه النّفسُ»[٧].

ما جاء في الذّخيرة: «النَّفْسُ أَعْظَمُ حُرمَةً»[٨].

ما جاء في شرح القلشانِي: «حرمة النّفس مقدَّمةٌ على المال»[٩].

---

(١) انظر: المهذّب ٦٨٤/١.

(٢) ويُجاب عنه بما تقرّر لدى الفقهاء أنّ مَنْ أَتْلَفَ شيئاً لِدفع أذاه له لَمْ يَضْمَنْه، وإن أَتْلَفَهُ لِدفع أذاه به ضمنه، فافترقا. انظر: قواعد ابن رجب ص ١٣٣، ق (٢٦).

(٣) بداية المجتهد ١٥٣/٤.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٣١٠/٤، وانظر: ١٧٢/١.

(٥) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٣٠٦/٣.

(٦) انظر: عقد الجواهر لابن شاس ١١٨١/٣.

(٧) الفروق للقرافي ١٨٤/٤، وانظر: المهذّب ٣٠٣/٢، وروضة الطّالبين ١٨٦/١٠.

(٨) الذّخيرة للقرّافي ٣٧٧/١٢، وانظر: الفروق ٨٩/٤.

(٩) شرح القلشانِي ص ٨٩٠.

ما جاء في المنثور: ((المضمونات ضربان: أحدهما: بالتّعدِّي، ومنه الجنايات والإتلافات...، والأوّل: يستوي في إيجاب الضّمان فيه العمد والخطأ؛ لأنّ النِّسيان إنّما يسقط عن الإنسان فيما يتعلَّق بنفسه، لا فيما يتعلَّق بغيره، فليس على غيره نسْيَانُهُ وخطؤه، لولا ذلك لتداعَى النّاسُ النِّسيانَ، وتساقطت الحقوق، إلاّ أنّ العامد يغرم البدل وعليه الإثم، والمخطئ لا إثم عليه، وكانت حرمةُ النّفوس في ذلك أقوى من الأموال؛ فوجب على القاتل خطأً الكفّارة))[١].

ما جاء في تقرير القواعد: ((مَنْ أتْلَفَ شيئاً لِدفع أذاه له لَمْ يَضْمَنْه، وإن أَتْلَفَهُ لدفع أذاه به ضمنه، ويتخرج على ذلك مسائل:منها:لو صال عليه حيوانٌ آدَمِيٌّ أو بَهيمٌ،فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه، ولو قتل حيواناً لغيره في مَخمصة لِيَحيَى به نفسه ضمنه))[٢].

ما جاء في نيل الأرب: ((حرمة النَّفس أعظم من حرمة المال، بل لا يَجوز إتلاف نفس الغير لإبقاء نفسه))[٣].

شرح مفردات القاعدة:

النّفسُ، أي: الرّوح، والدَّم، ومنه قولهم: ما لا نَفْسٌ له سائلةٌ لا يُنَجِّسُ الماء، أي: لا دَمَ له يَجري؛ وسُمِّي الدّمُ نفساً؛ لأنّ النَّفْسَ التِي هي اسمٌ لِجملة الحيوان قِوَامُهَا بالدَّمِّ[٤].

---

(١) المنثور للزّركشي ٢/٧٤.

(٢) قواعد ابن رجب ص ١٣٣، ق (٢٦)، وانظر: نيل الأرب ص ١٣٤.

(٣) نيل الأرب للعلاّمة محمّد بن صالح بن عثيمين ص ٦٠١.

(٤) انظر: المفردات ص ٥٠٣، والنّهاية ٥/٩٦، والمصباح المنير ص ٢٣٦، ومعجم لغة =

والمراد بالنَّفْس هنا: النَّسَمَة، وهو إِنْسانٌ ذو الرّوح، ومنه قولهم: وفي النَّفْسِ الدِّية، أي: في قتل إنسانٍ ذي الرّوح، ومنه: نُفِسَت المرأةُ ونَفَسَت إذا ولدت ولداً[1].

حُرْمَةٌ، الحَرَمُ والحُرْمَة، اسمٌ لِما حَرَّمَ الله -تعالَى- فيه كثيراً مِمّا ليس بمُحرَّمٍ في غيره من المواضع أو الأشياء، وهي المهابَةُ التِي لا يَحِلّ انتهاكها، وهو اسمٌ من الاحترام، والجمع: حُرُمَاتٌ، مثل: غُرْفَةٌ؛ غُرُفَاتٌ[2].

المال: هو ما يُتَّخَذُ قِنْيَةً، ومنه قول الفقهاء: ما يُتَمَوَّلُ، أي: ما يُعَدُّ مالاً في العرف، والمال عند أهل البادية: النَّعَم، والمالُ سُمِّيَ بذلك لكونه مائلاً أبداً وزائلاً، ولذلك سُمِّيَ عَرَضاً[3].

قال في النّهاية: «المال في الأصل: ما يُمْلَكُ مِنَ الذّهب والفضّة، ثم أُطْلِقَ على كلّ ما يُقْتَنَى ويُمْلَكُ مِن الأعيان، وأكثر ما يُطلَق الْمالُ عند العرب على الإبل؛ لأنّها كانت أكثر أموالهم»[4].

وهو في عرف الفقهاء: اسمٌ لِجميع ما يَمْلِكُهُ الإنسانُ، وأصله: ما يَميل إليه الطّبع، ويُمْكِنُ ادّخاره؛ كالنّقد وما يُمْكِنُ أَن يُقَوم مقامه[5].

=

الفقهاء ص ٤٥٥.

(١) انظر: طلبة الطّلبة ص ١٢٢، و٣٢٨، و٣٣٦، والنّهاية ٥/٩٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٥٥.

(٢) انظر: المفردات ص ١٢٢، والمصباح المنير ص ٥١، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٥٧.

(٣) انظر: المفردات ص ٤٨١، والمصباح المنير ص ٢٢٤-٢٢٥.

(٤) النّهاية لابن الأثير ٤/٣٧٣.

(٥) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٣٦٦-٣٦٧.

أو هو: ما يُمْكِنُ الانتفاعُ به مِمّا أباح الشّرعُ الانتفاعَ به في غير حالات الضّرورة.

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة سهلة العبارة،واضحة المعنَى،وتفيد أنّ مصلحة النّفس مقدَّمةٌ على مصلحة المال، وأنّ الأموال تستهلك لحفظ الأنفس ولا العكس.

وهذه القاعدة التي هي فَاتِحَةُ القواعد التي تناولتُها بالدّراسة، من القواعد الفقهية ذات الأهمية؛ حيث تقرّر خاصيّةً من خصائص الشّريعة، وضروريتين من الضّروريّات الخمس التي جاء الإسلام بحفظها، وهما: حفظ النّفس، والمال[1].

فهذه الضّروريّات كلّها ذاتُ حُرْمَة عظيمة في الشّريعة، يَجب ألاّ يتعدّاها أحدٌ؛ فَمَن اعتدى وتعدّاها فعليه جزاءً مناسبٌ رادعٌ له من العودة لمثله إن كان فيما دون النّفس، وجَبْرٌ له إن كان في النّفس، وزَجرٌ لغيره من الإقدام على مثله، وهو ما يعرف في كتب الفقهاء[2] بالجوابر والزّواجر؛ فالجوابر مشروعةٌ لِجَلْبِ ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط أن يكون مَنْ وجب عليه الجبر آثماً، ولذلك شُرِعَ الجبر مع الخطأ والعمد، ومع الجهل والعلم، ومع الذِّكْر والنِّسيان،

---

(١) وحفظ العقل، والعرض، والنّسل.
انظر: الموافات ٢٦/١، و٧/٢، والفروق ٨٩/٤، وشرح تنقيح الفصول ص ٣٠٤، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٠٢، ومقاصد ابن عاشور ص ٣٠٠-٣٠٧.

(٢) انظر: الذّخيرة ٣٠١/٣-٣٠٣، و٣٢٣، والموافقات ٢٨٦/٢، وقواعد العز ١٧٨/١-١٩٥، وفتح الباري ٣٥٤/٩، وقواعد السّعدي ص٤٣، ق (١٣).

وعلى المجانين والصّبيان، وأمّا الزّواجر فمشروعةٌ لدرء المفاسد، ومعظمها لا يَجب إلاّ على عاصٍ زجراً له عن المعصية.

ومن أجل ذلك، شرع الإسلام جزاء التّعدّي من الغصب وغيره من سائر وجوه التّعدّي كالإتلاف والاستهلاك؛ فشرع الأبدال في النّفوس والحقوق الماليّة وغير المالية عند الاعتداء عليها بإتلافها أو إتلاف جزءٍ منها، أو إتلاف منفعة من منافعها(١).

فالقصاص شُرِعَ إحياءً للنّفوس، قال تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰأُوْلِي الْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾(٢)، معناه: أنّ القاتل أو الجارح إذا علم أنّه يُفْعَلُ به مثل ما فُعَلَ ارتدع عن أن يفعل ذلك، وانزجر خيفةً أن يقتصّ منه؛ فكأنّ في ذلك حياةً للنفوس، وإلاّ لاجترأ النّاس بعضهم على بعضٍ، كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البدل لاجترأ النّاس بعضهم على أموال بعض؛ إذ لا بدل يلزمهم(٣).

وهي كلّها مُحترمةٌ ومَحرَّمةٌ شرعاً يُمْنَعُ الاعتداءُ عليها؛ لأنّها حقٌّ لله -سبحانه وتعالى- أوداها عباده؛ فيَجب عليهم حفظها، إلاّ أنّها وإن استوت كلّها في الحرمية، فإنّ بعضها أعظم حرمةً من بعضٍ، فالنّفس- ويتبعها كلٌّ من العقل، والعرض،والنّسل- أعظم حرمةً من المال؛ لأنّ الدِّماء خطيرة القدر في الدِّين، عظيمة الحرمة عند الله -تعالى-(٤).

---

(١) انظر: الفروق ٨/٤، ف (٢٠٥)، و٢٧ ف (٢١٧)، و١٨٣، ف (٢٤٧).

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٧٩.

(٣) انظر: المعونة ١٢١١/٢-١٢١٢، والموافقات ٢٨٦/٢، والفواكه الدّواني ١٩٤/٢.

(٤) انظر: عقد الجواهر ١٠٩٠/٣، والفواكه الدّواني ١٩٤/٢، والمحلّى ٢١٣/١٠، و٩/١١.

أمّا حُرْمَةُ النَّفْسِ وعظَمُها؛ فدلّ عليها أدلّةٌ منها:

١-قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَـٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا﴾[1].

حيث إنّ هذه الصّيغة من صيغ الامتناع؛ أي: يَمتنع ويستحيل أن يصدر من مؤمنٍ قتلُ مؤمنٍ، أي: متعمِّداً، وفي هذا إخبارٌ بشدّة تَحريمه، وأنّه منافٍ للإيمان أشدّ منافاةً[2].

٢-قوله تعالى: ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾[3].

دلّت الآية الكريمة أنّ مَنْ قتل نفساً واحدةً بغير حقٍّ فهو كقاتل النّاس جميعاً؛ لأنه لَمّا تَجرأ على قتل النّفس التي لا تستحقّ القتل، عُلِمَ أنّه لا فرق عنده بين هذا المقتول وبين غيره، وإنّما ذلك بحسب ما تدعوه إليه نَفْسُهُ الأمّارَةُ بالسّوء، فَتَجَرُّؤُهُ على قتله كأنّه قتل النّاس جميعاً، وكذلك في مُقَابِلِه مَن أحيا نفساً واحدةً، أي: استبقاها، ولم يقتله مع دعاء نفسه له إلى قتله، خوفاً من الله تعالى، فهذا كأنّه أحيا النّاس جميعاً؛ لأنّ ما معه من الخوف يَمنعه من قتل مَنْ لا يستحلّ القتل[4].

---

(١) سورة النِّساء، الآيتان: ٩٢-٩٣.

(٢) انظر: المحلّى ١٠/٢١٣، و٩/١١، وإحكام الأحكام ص ٨٤٠، وتفسير السّعدي ص ١٩٢.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٣٢.

(٤) انظر: رسالة القيرواني ص ٢٣٤، والفواكه الدّواني ٢/١٩٤، والمحلّى ١٠/٢١٣، =

٣-قوله تعالى: ﴿وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾[1].

والنّفس التي حَرَّم الله هي: نفس المسلم، والكافر المعاهد، والقتل بالحقّ مثل: قتل النَّفس بالنَّفس، وقتل الزّاني، والكافر الذي يَحل قتله شريطة أن يكون على يد الإمام الأعظم، أو نائبه؛ فدلّت الآية على أنّ الأصل في النّفس الحرمة والحيطة والحظر[2].

٤-قوله ﷺ : ((لا يحلّ دم امرئ مسلم يَشْهَدُ أَنْ لا إِلَـهَ إلاّ الله، وأنّي رسولُ الله إلاّ بإحدَى ثلاثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِ، والنَّفْسُ بالنَّفْسِ، والتّارك لدينه، الْمُفَارِقُ للجمَاعة))[3].

حيث دلّ الحديث على تَحريم إراقة دم إنسان معصوم الدّم، وهو كناية عن قتله ولو لم يرق دمه؛ ذلك أنّ الشّرع حرَّم دماء المسلمين تَحريماً مطلقاً[4].

أمّا حُرمَةُ الأموال و عِظَمُهَا؛ فدلّ عليها أدلّةٌ منها:

=

و٩/١١، وتفسير السّعدي ص ٢٢٩.

(١) سورة الفرقان، الآية: ٦٨.

(٢) انظر: الاستذكار ٥٣٢/٦-٥٣٣، و٥٦٣، والمنتقى ٣٢٢/٧، وشرح منتهى الإرادات ١٨٨/٦، والمحلّى ٩/١١، وتفسير السّعدي ص ٢٢٩، و٥٨٧.

(٣) أخرجه صحيح البخاري ٢٠٩/١٢، كتاب الدّيات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾، [المائدة: ٤٥]، برقم: (٦٦٣٦)، ومسلم في صحيحه ١٣٠٢/٣، كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، برقم: (١٦٧٦)، واللّفظ له.

(٤) انظر: الاستذكار ٥٣٢/٦-٥٣٣، و٥٦٣، والتّمهيد ٩٩/١٣، و١٠١، والمنتقى ٣٢٢/٧، وفتح الباري ١٩٥/١٢، و٢٠٩، وشرح منتهى الإرادات ١٨٨/٦.

١-قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[(١)].

مفاد الآية الكريمة: لا تأخذوا أموالكم، أي: أموال غيركم، أضافها إليهم؛ لأنّه ينبغي للمسلم أن يُحبَ لأخيه ما يُحبّ لنفسه، ويَحترم مالَهُ كما يَحتَرِمُ مَالَ نفسه، ولأنّ أكله لِمال غيره يُجرئ غيره على أكل ماله عند القدرة، فالمحرَّم هو أكله بالباطل، ويدخل في ذلك: القمار والميسر، وهو غُرْمٌ مُحقَّقٌ وغُنْمٌ مُحتَمَلٌ، والغصب، والسّرقة، والخيانة في وديعةٍ أو عاريةٍ، وجَحد الحقوق، أو نحو ذلك، فدلّت على حرمة المال المحترم[(٢)].

٢-قوله ﷺ : ((المُسْلِمُ أخو المُسْلِمِ؛ فَلَيسَ يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ مِنْ أَخِيهِ شيءٌ إلاّ مَا أَحَلَّ مِنْ نَفْسِه))[(٣)].

٣-قوله ﷺ : ((المُسْلِمُ على المُسْلِمِ حَرَامٌ؛ عِرْضُهُ، ومَالُهُ، ودَمُهُ))[(٤)].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع١/١٧٢، وتفسير القرطبي٢/٣٣٦،و٥/١٤٣-١٤٧، وتفسير السّعدي ص ٨٨.

(٣) أخرجه التّرمذي في سننه ٥/٢٥٥، كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة التّوبة، برقم: (٣٠٨٧)، وقال التّرمذّيُ: ((هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ))، وصحّحه الألباني في الجامع الصّغير برقم: (١٣٨٣٨).

(٤) أخرجه التّرمذي في سننه ٤/٢٨٧، كتاب البرّ والصّلة، باب ما جاء في شفقة المسلم على المسلم، برقم: (١٩٢٧)، وقال: ((حديثٌ حسنٌ غريبٌ))، وصحّحه الألباني في الجامع الصّغير ١/٨٦٤، برقم: (٨٦٣٨، و١١٦٥٢، و١٣١٩٨)، ومشكاة المصابيح ٣/٧٥، برقم: (٤٩٥٩)، وصحيح التّرغيب ٢/٢٦٦، برقم: (٢٢٣٢، و٢٨٢٩، و٢٨٨٥، و٢٩٥٨).

مفاد الحديثين الشّريفين واحدٌ، وهو أنّ حرمة مال المسلم كَحرمة دَمه[١].

أمّا حُرْمَتُهُما وعِظَمُهُمَا جميعاً فدلّ عليها أدلّةٌ منها:

قوله ﷺ: «فإنّ دِمَاءَكُم وأَمْوَالَكُم وَأَعْرَاضَكُم عَلَيكُم حَرَامٌ»[٢].

كان تَحريمُ البلد والشّهر واليوم ثابتاً في نفوسهم في الجاهلية، مقرّراً عندهم، بِخلاف الأنفس والأموال والأعراض؛ فكانوا يستبيحونها، فطرأ الشّرع عليهم بأنّ تَحريم دمّ المسلم، وماله، وعرضه أعظمُ من تَحريم البلد والشّهر واليوم، وهذا نوعٌ من القياس، والمراد منه كلّه بيان توكيد غلظ تَحريم الأنفس والأموال والأعراض[٣].

فهذه النّصوص وغيرها من الأدلّة دالّةٌ بِمنطوقها ومفهومها على حرمة النّفوس والأموال، وانعقد إجماع المسلمين على ذلك، بل حَكَى بعضُ أهل العلم أنّ حفظ الضّروريّات الخمس مِمّا اتّفق عليه جميع الملل[٤].

---

(١) انظر: عارضة الأحوذي ٢٢٩/١١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ١٩٠/١، كتاب العلم، باب قوله ﷺ: «رُبَّ مُبَلَّغٍ أَوْعَى مِنْ سَامِعٍ»، برقم: (٦٧)، ومسلم في صحيحه ١٣٠٦/٣، كتاب القسامة، باب تغليظ تَحريم الدِّماء والأعراض والأموال، برقم: (١٦٧٩/٣٠)، واللّفظ له.

(٣) انظر: شرح مسلم ١٧١/١١، وفتح الباري ١٩١/١.

(٤) قال القرافي في شرح تنقيح الفصول ص ٣٠٤: «الكلّيات الخمس: حَكَى الغزالي وغيره إجماع الملل على اعتبارها، وأنّ الله ما أباح النّفوس ولا شيئاً من الخمس المتقدّمة في ملّة من الملل».
وقال ابن ناجيٍ في شرح الرّسالة ٢٢١/٢: «نقل الأصوليّون إجماع الملل على حفظ الأديان، والعقول، والنّفوس، والأعراض، والأموال، وذكر بعضهم الأنساب عوض الأموال»، وذُكِرَ مثْلُهُ في الفواكه الدّواني ١٩٤/٢، وأثبت الأنساب بعد الأموال، فصارت ستة، وانظر: مذكّرة أصول الفقه ص٢٠٢.

وهذه الحرمة والعصمة التِي للنّفوس والأموال تتوقَّفُ على أداء حقوق الله سبحانه وتعالى على عباده، وإلاّ زالت حرمتُهُا، وسقطت عصمتها؛ فثبوتها دائمٌ لا يسقط إلا بإهدار الشّخص لها؛ بارتكابه ما يوجب حَداً أو قِصاصاً، كأن يقتل مؤمناً عمداً عدواناً، أو يزنِي وهو مُحْصَنٌ، أو يترك دينه ويفارق الجماعة، أو يُحارب الله ورسوله ويسعى في الأرض فساداً، أو نحو ذلك مما أوجبت الشريعة فيه قصاصاً أو حداً أو تعزيراً، وجاءت به النّصوص الشّرعية[1].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

القاعدة بِمَنطوقها ومفادها ومفهومها السّابق، وهو تأكيد حرمة النّفوس والأموال، وتأييدها وتقريرها، وبيانها في الوقت نفسه أنّ أعظمهما حرمةً هو النّفس؛ فتُقَدَّم مصلحتُها على مصلحة الأموال عند التّعارض، وتُستَهلك لِحفظها وإحيائها الأموالُ لا العكس، وهذا بِلا خلافٍ بين أهل العلم قاطبةً، بل بلا خلافٍ بين المسلمين، والملل السّابقة كما سبق ذكر حكاية بعض أهل العلم لذلك.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بِالنّصوص السّابقة، ويضاف إليها ما يلي:

١-قوله ﷺ : ((كَسْرُ عَظْمِ المَيِّتِ كَكَسْرِ عَظْمِ الحَيِّ في الإثم))[2].

---

(١) انظر: فتح الباري ٣/٣٠٩، وتفسير السّعدي ص ١٩٢، و٢٢٩.

(٢) من حديث أمّ سلمة رضي الله عنها، أخرجه ابن ماجة في سننه ١/٥١٦، كتاب =

٢-قوله ﷺ : ((كَسْرُ عَظْمِ الميّت كَكَسْرِهِ وهو حَيٌّ))[١].

إذا تقرّر أنّ حرمة النّفوس أعظمُ من حرمة الأموال، فالقاعدة أن يستتبع الأقوى الأضعف[٢]؛ فعِظَمُ حرمة النّفس على المال يَكْمُنُ في عدّة وجوه، أذكر منها في الجمل التّالية:

أوّلاً: قتل النّفس أشدّ الذّنوب وأعظمها بعد الكفر، وقد رتّب على عمد قتل النفس أشدّ العقوبات في خَمس خصال مذكورة في قوله تعالى: ﴿ **وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا** ﴾[٣]، بل أوجب على الخطأ فيه الكفّارةَ بِجانب الدِّية، بِخلافِ المال؛ فإنّ مَن اعتدى

=

الجنائز، باب في النّهي عن كسر عظام الميّت، برقم:(١٦١٧)، وصحّحه الألباني في الجامع الصّغير ٩٦٦/١، برقم:(٩٦٥٥).

(١) من حديث عائشة رضي الله عنها، أخرجه أبو داود في سننه ٥٤٤/٣، كتاب الجنائز، باب في الحفّار يَجد العَظْمَ، هل يتنكب ذلك المكان؟ برقم: (٣٢٠٧)، وابن ماجه في سننه ٥١٦/١، كتاب الجنائز، باب في النّهي عن كسر عظام الميّت، برقم: (١٦١٦)، وانظر: أحكام الجنائز، ص ٢٩٥، برقم:(١٣).
وأخرجه مالكٌ بلاغاً في موطّئه ٢٣٨/١، كتاب الجنائز، باب ما جاء في الاختفاء، برقم: (٤٥).
وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (٢٧٤٦)، وصحيح ابن ماجه برقم: (١٣١٠)، وإرواء الغليل برقم: (٧٦٣)، والجامع الصّغير برقم: (٣٩٠٦، و٨٦٠٧)، ومشكاة المصابيح برقم: (١٧١٤)، وصحيح التّرغيب، برقم: (٣٥٦٧)، وانظر: أحكام الجنائز، ص ٢٩٥، برقم: (١٣).

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٤٧/٢.

(٣) سورة النِّساء، الآيتان: ٩٣.

على مال مُحتَرمٍ باستيلاء، أو بسائر وجوه التّعدِّي فهو آثِمٌ، وليس عليه إلاّ التّوبة، وضمان المال بعينِه إن كان قائماً، أو مثله إن تعذّرت العين، وكان مِثليّاً، أو قيمته إن تعذّرت العين والمثل، أو ضمان النّقص، مع ضمان المنافع(١).

ثانياً: أنّ حرمةَ بدن الإنسان باقيةٌ حيّاً وميّتاً، فلا يعتدي عليه أحدٌ ميّتاً كما لا يعتدي عليه حيّاً؛ ويَجب عليه ضمانه في جميع الأحوال(٢).

ومن ذلك أنّ أوّل القضاء يوم القيامة؛ القضاء في الدِّماء، أي: في الأمر المتعلِّق بالدِّماء، وفيه عِظَمُ أمر الاعتداء على النّفس بالقتل وغيره، وكثير خطرها؛ لأنّ الابتداء إنّما يقع بالأهمّ على قاعدة العرب بتقديم الأهمّ والأفضل(٣).

ثالثاً: أنّ الأموال موضوعةٌ وسيلةً لبقاء الأنفس وإنقاذها، ولَم توضع الأنفس لبقاء الأموال، يعنِي: تُستَهْلَكُ الأموال لإبقاء الأنفس، مثال ذلك(٤):

---

(١) انظر: الفواكه الدّواني ١٩٤/٢، والمحلّى ٢١٣/١٠، و٩/١١، وفتح الباري ١٩٥/١٢.

(٢) انظر: المقنع والشّرح الكبير ١٥٧/١٥، وشرح منتهى الإرادات ٢١٢/١، وشرح مسلم ٢٨٨/٤.

(٣) انظر: شرح تنقيح الفصول ص٣٠٩، وشرح مسلم١٦٧/١١، و١٦٩، و١٧١، وفتح الباري١٩٦/١٢.

(٤) انظر الأمثلة المذكورة في: بدائع الصّنائع ١٧٠/١، و٣١٠/٤، و٣٤٦/٥، والفروق ٩/٤، و٢٧، و١٨٣-١٨٥، والمهذّب ٦٨٤/١، والمجموع ٢٢٢/٧، والإنصاف ٣٣٢/١٥، بقواعد ابن رجب ص ١٣٣، ق (٢٦)، والمحلى ٤٤٢/٦-٤٤٤، ونيل الأرب ص ١٣٤، و٦٠١.

١-مَن في حالة المجاعة والمخمصة؛ فإنّه يَجوز له تناول مال الغير ولو بغير إذنه إبقاء للنّفس وهو مضمونٌ عليه، ولا يجوز تناول النّفس إبقاءً للمال.

٢-كذلك يَجوز قتل البهيمة الصّائلة على النّفس من غير ضمان؛ لأنّه كان يَجب على صاحبها قتلها صوناً للأنفس، فإذا قتلها المعتدّى عليه، فقد قام عن صاحبها بواجب.

٣-لو خيف غرق السّفينة يَجوز إلقاء المتاع في الماء إنْقاذاً للأنفس، وإن لم يكن متاعٌ، أو نفد فالبهائم، ولا يَجوز إلقاء الأنفس حفاظاً للأموال لشرف النّفوس، ولو لَم يكن في السّفينة غير الآدَميِّين لَم يَجز رَمْيُ واحدٍ منهم لِطلب نَجاة الباقين وإن كان ذِمِّيّاً؛ لأنّه لا يجوز إزهاقُ نفسٍ لإبقاء أخرى[1].

رابعاً: أنّ الشّارع جعل مَنْ قَتَلَ نفساً واحدةً بِمَنْزلة مَنْ قتل النَّاس كُلَّهُم جميعاً، ومَنْ أَحيا نفساً واحدةً بِمَنْزلة مَنْ أحيا النَّاس كُلَّهُم جَميعاً؛ ذلك كلّه لِعظم حرمة النّفس على المال؛ حيث لم يرد مثله في المال.

خامساً: ومِن عظم حرمة النّفوس على الأموال؛ أنّ جوابر النّفوس تَختلف عن تلك في الأموال؛ فإنّها خارجةٌ عن قيام جَبر الأموال والمنافع والأوصاف؛ إذ هذه تُجْبَر بالعين، وبالمثل، وبالقيمة، عند تعذّر المثل، وتختلف جوابر الأموال والحقوق باختلاف الأوصاف في الحسن والقبح، والفضائل والرّذائل، وبالبلدان والأزمان.

أمّا جوابر النّفوس؛ فلا تُجْبَرُ بالعين، ولا المثل، ولا القيمة؛ لأنّها

---

(١) انظر: الهداية ٤/١٦٤-١٦٥، والفروق ٤/٩، والمهذّب ٣/٣٤٠، ونيل الأرب ص ٦٠١.

ليست بِمال، فضلاً من أن تكون مُتقَوَّمةً فتَجب فيها قِيَمٌ، ولا يُتَصَوَّرُ جَبْرُهَا بالعين ولا المثل، ولا بالأوصاف، وإنّما المعتبر فيها هو الأديان والذّكورية فَحسب؛ فَيُجْبَرُ المسلمُ بِمائة من الإبل والمسلمة بخمسين من الإبل، ويُجْبَرُ اليهودي والنّصراني بثلث دية المسلم، وتُجْبَرُ اليهودية والنّصرانية بسدس دية المسلم(١)، وهكذا.

من تطبيقات القاعدة:

١-لا يَجوز بيعُ أعضاء الإنسان ولا الانتفاعُ بها طلباً وتحصيلاً للمال من غير حاجة على الصّحيح؛ وذلك لأنّ الأنفس لم توضع وسيلةً لبقاء الأموال، وإيقاذها وتكثيرها. ولأنّ الإنسانَ مِلْكٌ لله -تعالى-، لا يَملك نفسه ولا شيئاً من جسمه مِلْكاً خالصاً؛ فهو ببدنه وسائر أعضائه كبقية الخلق؛ مِلْكٌ لله -سبحانه وتعالى- وحَقُّهُ -سبحانه وتعالى- خالصاً، ليس للعبد إسقاطه، قال النَّبيّ ﷺ: «مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بحديدَة،فَحَديدَتُهُ في يَده يَتوجَّأُ(٢) بهَا في بَطْنه في نَار جَهَنَّم،خَالداً مُخَلَّداً فيها أَبَداً، وَمَنْ شَرِبَ سُمّاً فَقَتَلَ نَفْسَهُ؛ فَهُوَ يَتَحَسَّاهُ(٣) في نَارِ جَهَنَّمَ خَالداً مُخَلَّداً فيها أَبَداً، ومَنْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ؛ فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَرَدَّى فِي نَارِ جَهَنَّمَ خالداً مُخَلَّداً فِيهَا أَبَداً»(٤)، هذا الوعيد الشّديد

---

(١) انظر: قواعد العزّ ١/١٨٤.

(٢) يَتوَجَّأُ، أي: يطعن. انظر: شرح مسلم ٢/٣٠٣.

(٣) يَتحَسَّاه، أي: يشرب السُّمَّ في تَمَهُّلٍ، ويَتجرَّعُهُ. انظر: شرح مسلم ٢/٣٠٤.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ١/١٠٣-١٠٤، كتاب الإيمان، باب غلظ تَحريم قتل =

-نعوذ بالله منه- يَلحقه بسبب قتله نفسه، فلو كان مالكاً لنفسه، أو لِجزءٍ منه لَما لَحِقَه؛ إذ لا يُلامُ المرءُ في تَصرُّفه فيما يَمْلكُ، قال في الفروق في التّمييز بين ما هو حَقٌّ لله مَحضاً، أو حقٌّ للعبد مَحضاً في اصطلاح الفقهاء: «ونعني بحقّ العبد المحض، أنّه لو أسقطه لسقط، وإلاّ فَما من حقٍّ للعبد إلاّ وفيه حقٌّ لله تعالى، وهو أُمِرَ بإيصال ذلك الحقّ إلى مستحقِّه...، وإنّما يعرف ذلك بصحّة الإسقاط؛ فكلّ ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حقّ العبد، وكلّ ما ليس له إسقاطه فهو الذي نعني بأنّه حقٌّ لله تعالى»(١).

قال في الموافقات: «ليس لأحد أن يقتل نفسه، ولا أن يُفَوِّتَ عضواً من أعضائه، ولا مالاً مِنْ ماله...، لأنّا نُجيب بأنّ إحياء النّفوس، وكمال العقول والأجسام من حقّ الله تعالى على العباد، لا من حقوق العباد، وكون ذلك لم يُجْعَل إلى اختيارهم هو الدّليل؛ فإذا أكمل الله تعالى على عبد حياتَهُ وجسمه وعقله الذي به يَحصل ما طلب به من القيام بِما كُلِّفَ به؛ فلا يصحّ للعبد إسقاطه»(٢).

فهذا النّصّ وغيره من النّصوص الشّرعية، وأقوال أئمة الدِّين، تدل دلالةً واضحةً على أنّ الإنسان لا يملك جسده، أو عضواً من أعضائه مِلْكاً خَالِصاً، وإنّما هي بِمَنْزِلة الوديعة أو العارية عنده؛ لأنها مِلْكٌ

=

الإنسان نفسه...، برقم: (١٠٩).

(١) الفروق للقرافي ١/١٤١.

(٢) الموافقات للشّاطِبي ٢/٢٨٥-٢٨٦، وانظر: الفروق ١/١٤٠، ف (٢٢).

لخَالقها -سبحانه وتعالى- وليس له من نفسه إلا الانتفاع؛ فلا يجوز تَصرُّفُهُ فيما اؤتُمِنَ فيه وفيما لا يَملكه، ولأنّ الآدَميّ مُكَرَّمٌ لا مُبْتَذَلٌ، فلا يجوز أن يكون شيءٌ من أجزائه مُهاناً ولا مبتذلاً[١].

٢-الصّيد إذا صال على مُحرِمٍ فقتله دفعاً عن نفسه لم يضمنه[٢].

٣-إذا صال الفحل[٣] أو غيره من البهائم على الإنسان وخافه على نفسه فله دفعه عن نفسه؛ فإن أدَّى ذلك إلى قتله فلا ضمان عليه؛ لأنّ النّفس أعظم حرمةً من المال[٤].

٤-إذا خيف على السّفينة الغرق جاز طرح بعض ما فيها من المتاع أو البهيمة بعد ذبحها إذا أمكن، إذا رجي بذلك نجاتها، ويكون المطروح بينهم على قدر أموالهم، أذن أرباب الأموال في طرحها أو لم يأذنوا؛ حفاظاً للأنفس؛ لأنّ النّفس أعظمةً من المال[٥].

٥-مَنْ أُكْرِهَ على إتلاف مال غيره وإلاّ قُتِلَ جاز له أن يقدم على إتلافه، ولو أُكْرِهَ على قتل نفسٍ وإلاّ قُتِلَ؛ فلا يَجوز له أن يقدم على قتله،

---

(١) انظر: الهداية ٣/٤٦، و٤/٢١٧، والفروق ١/١٤٠-١٤٢، ف (٢٢)، والموافقات ٢/٢٨٥-٢٨٦، وروضة الطّالبين ٣/٢٨٤-٢٨٥، والشّرح الكبير ١/١٨٢-١٨٣، وشرح مسلم ٢/٣٠٦.

(٢) انظر: الفروق ٤/٩، و٢٧، و١٨٥، والمهذّب ١/٦٨٤، وقواعد ابن رجب ص ١٣٣.

(٣) الفحل هو الذّكَرُ من الحيوان، جمعه: فُحُولٌ، وفُحُولَةٌ، وفِحَالٌ. انظر: المصباح المنير ص ١٧٦.

(٤) انظر: المعونة ٣/١٣٦٩، والفروق ٤/١٨٥، والمهذّب ١/٦٨٤، والمجموع ٧/٢٢٢.

(٥) انظر: عقد الجواهر ٣/٩٤٣، والفروق ٤/٩، وروضة الطّالبين ٩/٣٣٨-٣٤١، وقواعد ابن رجب ص ١٣٤.

والفرق بينهما: أنّ حرمة النّفس أعظم من حرمة المال؛ فجاز له أن يفادي نفسه بمال غيره ويضمنه، وأمّا أن يفادي نفسه بنفس معصوم الدّم الأخرى فلا يجوز له ذلك[١].

٦-أنَّ حرمة الآدَمِيّ باقيةٌ حيّاً ومَيِّتاً، لذا لا يَجوز كسرُ عَظْمِ الميّت بلا عذرٍ؛ كَما لا يجوز كسره وهو حَيٌّ بلا عذرٍ[٢].

٧-إذا خاف الإمامُ الهلاكَ على أهل البلاد، أخذ الطّعام من المحتكرين، وفرَّقه عليهم؛ فإذا وَجَدُوا رَدُّوا عليهم مثله؛ لأنّهم اضطرّوا إليه، ومَن اضطرّ إلى مال الغير في مخمصةٍ كان له أن يتناوله بالضّمان[٣].

٨-لو ابتلع رجلٌ دُرَّةَ[٤] غيره فمات المبتلِعُ؛ فإن ترك مالاً كانت قيمةُ الدُّرَّةِ في تركته، وإن لم يترك مالاً لا يُشَقُّ بطنُهُ؛ لأنّ الشّقّ حرامٌ، وحرمة النّفس أعظم من حرمة المال، وحرمتها مَيِّتاً كَحرمتها حيّاً، وعليه قيمة الدُّرَّةِ؛ لأنّه استهلكها، وهي ليست من ذوات الأمثال؛ فكانت مضمونة بالقيمة[٥].

---

(١) انظر: عقد الجواهر ١٠٩٣/٣، وشرح مسلم ١٦٦/١١، ونيل الأرب ص ٦٠١.

(٢) انظر: الشّرح الكبير ١٥٧/١٥، وشرح منتهى الإرادات ٢١٢/١، وشرح مسلم ٢٨٨/٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣١٠/٤، والفروق ١٨٣/٤-١٨٥.

(٤) الدُّرَّةُ: اللّؤلؤةُ العظيمةُ الكبيرةُ، والجمع: دُرٌّ، مثل: غرفةٌ غُرَفٌ. انظر: المصباح المنير ص ٧٣.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٣١٠/٤، وشرح مسلم ٢٨٨/٤، وأحكام الجنائز ص ٢٩٧.

المبحث الثّاني: القاعدة الثّانية [٢]

[لَيس يُنْسَبُ إلى سَاكِتٍ قولُ قائلٍ]

ذكرها ابن رشد في مسألة وقت صلاة الوتر؛ مُدلّلاً ورادّاً بها على مَن احتجّ بالإجماع السّكوتِي[1] لِجواز صلاة الوتر بعد الفجر، وقبل صلاة

(١) الإجماع لغة يطلق على معنيَين: العزم والاتّفاق، انظر: مختار الصّحاح ص١١٠، والمصباح المنير ص٤٢.

واصطلاحاً: اتّفاق جميع العلماء المجتهدين من أمّة محمّد ﷺ بعد وفاته في عصرٍ من العصور على أمرٍ دينيٍّ.

وهو ينقسم قسمين باعتبار النّطق به أو السّكوت إلى:

الإجماع النّطقيّ من الجميع، وهو عزيزٌ جدّاً؛ إذ العلمُ بتصريح كلّ واحدٍ من المجتهدين بحكم واحد في واقعة واحدة مُتَعَذّرٌ.

والإجماع السّكوتي، وهو: إذا اشتهر في علماء الأمّة قولُ بعضهم التّكليفيّ، وسكت الباقون.

فهل يكون هذا إجماعاً أم لا؟

أوّلاً: لا خلاف بينهم في أنّه:

١- لو لم يشتهر القولُ فيهم، لَم يدلّ سكوتُهم على الموافقة.

٢- لو لم يكن تكليفاً لم يكن إجماعاً ولا حجّةً؛ لأنّ الإجماع أمرٌ دِينيٌّ، وما ليس تكليفاً ليس دِينيّاً بل دُنيويّاً.

٣- إذا اشتهر القولُ التّكليفيّ، وعُلِمَ من قرينة حال السّاكت أنّه راضٍ بذلك؛ فهو إجماعٌ.

٤- أنْ يُعلَم من قرينته أنّه ساخطٌ غير راضٍ فليس بإجماع.

ثانياً: أمّا لو اشتهر قول بعض الأمّة التّكليفيّ، ولَم يوجدْ له نَكيرٌ، وليس هناك قرائنُ تفيد رضا السّاكت أو سخطه؛ ففيه خلافٌ جارٍ بين الفقهاء والأصوليّين في حُجّيّة الإجماع السّكوتي على مذاهبَ منها:

=

الصّبح؛ حيث قال: «...وقد رأى قومٌ أنّ مثل هذا[1] هو داخل في باب الإجماع، ولا معنَى لهذا؛ فإنّه **ليس ينسب إلى ساكت قول قائلٍ**، أعني: أنّه ليس ينسب إلى الإجماع مَن لم يُعرَفْ له قولٌ في المسألة»[2].

توثيقها:

ورد ذكر القاعدة في بعض كتب الفقهاء منها:

=

المذهب الأوّل: أنّه إجماعٌ وحُجّةٌ، وعليه المذهب عند الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة.

المذهب الثّاني: أنّه حُجَّةٌ وليس بإجماعٍ، أي: حُجةٌ ظَنِّيَّةٌ، وليس بإجماعٍ يَمتنع مُخَالَفَتُهُ، وهو قول أبي هاشم، واختيار الآمدي، ويحتمله قول الإمام ابن رشد هنا.

المذهب الثّالث: أنّه ليس بإجماعٍ وليس بحجّة، وقال به الإمام الشّافعي والباقلاني وإمام الحرمين، وهو مذهب الظّاهرية، وبعض الحنفية؛ لأنّ السّاكت قد يسكت وهو غير راضٍ، ولذلك أسبابٌ متعدِّدةٌ، ويحتمله قول الإمام ابن رشد هنا أيضاً.

ولعلّ أحقّ تلكَ المذاهب هو القول بأنّه إجماعٌ سّكوتيٌّ ظَنّيٌّ، وهو حُجَّةٌ.

ذلك؛ لأنّ إقرار النّبيّ ﷺ على ما سمعه، أو يراه دليلٌ على رضاه وتصويبه.

ولأنّ التّابعين كانوا إذا أشْكَلَ عليهم مسألةٌ، فوجدوا فيها قول صَحابيٍّ مُنتشراً لَم يُنْكَرْ، لَم يَعدلُوا عنه، وذلك إجماعٌ من التّابعين على كونه حُجَّةً.

انظر: تنقيح الفصول مع الذّخيرة ١/١١٤، وشرح تنقيح الفصول ص ٢٥٣، و٢٥٩، وشرح مختصر الرّوضة ٣/٧٨-٨٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ١٧٩، و١٨٧-١٨٨، وتسهيل الوصول ص ٥٣.

(١) أي: عدم ظهور مخالف لمَا اشتهر من بعض الصّحابة أو أهل العلم من قول أو فعلٍ. والإشارة هنا إلى الأثر الذي ذكره: «أنّه روي عن ابن مسعود وابن عبّاس وعبادة بن الصّامت وحذيفة وأبي الدّرداء وعائشة -رضي الله عنهم- أنّهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصّبح، ولم يُرْوَ عن غيرهم من الصّحابة خلاف هذا، وقد رأى قومٌ أنّ مثل هذا...». الخ.

(٢) بداية المجتهد ١/٤٧٣، وانظر: ٢/٧٦، و٤/٢٩.

ما جاء في الأم: «ولا يُنْسَبُ إلى ساكتٍ قولُ قائلٍ، ولا عملُ عاملٍ إنّما يُنْسبُ إلى كلٍ قولُه وعملُه، وفي هذا ما يدلّ على أنّ ادعاء الإجماع في كثيرٍ من خاص الأحكام ليس كما يقول مَن يدّعيه»[١].

ما جاء في شرح مختصر الرّوضة: «تنبيهٌ: القاعدة بِمقتضى العقل واللّغة أَنْ لا يُنسَبُ إلى ساكتٍ قولٌ، إلاّ بدليلٍ يدلّ على أن سكوته كالقول حُكماً أو حَقيقةً»[٢].

وجاء في الإنصاف: «السّاكت لا يُنسَب إليه قولٌ»[٣].

وجاء في شرح منتهى الإرادات: «السّاكت لا يُنْسبُ إليه حكمٌ»[٤].

بعض القواعد المذكورة في كتب أهل العلم ذات العلاقة:

١- السّاكت منكر حكماً حتّى تسمع عليه البيّنة[٥].

٢- السّكوت إذنٌ لدلالته على الرّضا[٦].

٣- السّكوت المشعر بالتّقرير يقوم مقام القول[٧].

---

(١) الأمّ للإمام الشّافعي ١٥٢/١، وهو من قوله -رحمه الله-؛ وقد نُسِبَتِ القاعدةُ إليه.
انظر: شرح تنقيح الفصول ص ٢٥٩، والإبهاج ٣٨٠/٢، والتّمهيد للأسنوي ص ٤٥١، والمنثور ٤٠٠/١، و٤٠٢، ونثر الورود ص ٤٣٨.

(٢) شرح مختصر الرّوضة للطّوفي ٨٤/٣.

(٣) الإنصاف للمرداوي ١٦٥/٥، و٣٩٦، وانظر: شرح مختصر الرّوضة ٨٧/٣.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٥٨/٦.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٤٧/٥، و٥٨.

(٦) تخريج الفروع على الأصول للزّنجاني ٢٣٤/١.

(٧) انظر: بداية المجتهد ٢٩/٤، وفتح الباري ٩/١١.

٤- السّكوت بعد معرفة العيب رضا[١].

٥- السّكوت عن البيان بعد تحقّق الحاجة دليل النّفي[٢].

٦- السّكوت عن الحكم لا يدلّ على الحكم بضدّه[٣].

٧- السّكوت عن الحكم مناسبٌ لانتفائه[٤].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٤/٢٩، والإنصاف ٤/٤٢٦.

(٢) هذا على قول عند الحنفية فيمَن له أمةٌ ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فقال:الأكبرُ ابني مع الإشارة إليه؛ فإنّه لا يثبت نسب الآخرين. انظر: أصول السّرخسي ١/٢٥٩، و٢/٥١، و١٨٤، و٣٤٣.

(٣) وليس بين هذا اللّفظ والذي قبله تدافع؛ إذ الأوّل يفيد أنّ ما سكت عنه الشّارع عفو غير مكلّف به، وهذا يفيد أنّ السّكوت عن حكمٍ معيَّنٍ لا يكون دليلاً إلزامياً على ثبوت ضدّ ذلك الحكم؛كردّه ﷺ على الصَّعْب بن جَثّامَةَ اللّيثيّ حين أهدى إليه حماراً وحشيّاً وهو مُحْرِمٌ، ثم بيّن علّة الرّد وهي أنّهم حُرُمٌ. فاقتصر على الإحرام؛ لأنّ الصّيد لا يحرم على المرء إذا صيدَ له إلاّ إذا كان محرماً، فبيّن الشّرط الأصليّ وسكت عمّا عداه، فلم يدلّ على نفي الشّروط الأخرى؛ ككون الصّيد صيدَ لأجل المحرم ونحوه. فردّه ﷺ على الصّعب لا يستلزم أنّه أباح له أكله، بل يجوز أن يكون أَمَرَهُ بإرساله إن كان حيّاً، أو طرحه إن كان مذبوحاً.

وحديث الصَّعْب اللّيثيّ أخرجه البخاري في صحيحه٤/٣٨، كتاب جزاء الصّيد ونحوه، باب إذا أَهْدَى للمُحرم حماراً وحشيّاً حيّاً لَ يقْبَل، برقم: (١٧٨٢)، ومسلم في صحيحه ٢/٨٥٠-٨٥١، كتاب الحجّ، باب تحريم الصّيد للمحرم، برقم: (١١٩٣، و١١٩٤).

وانظر: سنن التّرمذي ٣/٢٠٦، والاستذكار ٣/٤١٩-٤٢٣، و٤٣٣-٤٣٧، وعارضة الأحوذي ٤/٧٨-٧٩، وفتح الباري ٤/٤١.

(٤) كما لو سُئِلَ الشّارع ﷺ عن قضيّة تتضمن أحكاماً، فبيّن بعضها وسكت عن البعض، وكان البعض المسكوت عنه ممّا يحتاج إلى بيان من الرّسول ﷺ كان سكوته وإعراضه عنه دليلاً على انتفاء وجوبه. كما في سؤالهم النّبيّ ﷺ عن الحجّ: أفي كلّ عامٍ يا رسول الله؟ فقال: «لا. ولو قلتُ: نعم لوجبت».

=

٨- السّكوت في النّسب إقرارٌ[١].

٩- السّكوت في النّسب رضا[٢].

١٠-السّكوت في موضع الحاجة إلى البيان بِمنْزلة البيان[٣].

١١-السّكوت كافٍ في إسقاط الحقّ كما في الشّفيع[٤].

١٢-السّكوت لا دلالة له على الأحكام[٥].

١٣-السّكوت لا يجري مجرى الإذن[٦].

=

فدلّ على أنّ سكوته ﷺ عن ذلك دليل انتفاء وجوبه. انظر: تخريج الفروع على الأصول للزّنجاني ١/١٢٤، والمنثور ١/٤٠٠.

والحديث أخرجه التّرمذي في سننه ٣/١٧٨، كتاب الحجّ، باب ما جاء: كَمْ فُرِضَ الحجّ؟ برقم: (٨١٤)، و٥/٢٣٩، كتاب التّفسير، برقم: (٣٠٥٥)، والحاكم في المستدرك ١/٦٤٢-٦٤٣، و٢/٣٢١-٣٢٢، برقم: (١٧٢٧-١٧٢٨، و٣١٥٥-٣١٥٧).

وحسّنه التّرمذي، وصحّحه الحاكم على شرط الشّيخين، قال في رقم: (٣١٥٥): «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه». انظر: سنن التّرمذي ٣/١٧٨، و٥/٢٣٩، والمستدرك ١/٦٤٣، و٢/٣٢١.

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ٤/٥٤٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/٦٤٤.

(٢) انظر: المهذّب ٣/٧١١.

(٣) كالمدّعى عليه إذا أصرّ على السّكوت في مجلس القضاء؛ فإنّه يحكم عليه بالنّكول. انظر: أصول الشّاشيّ ١/٢٦٢، وبداية المجتهد ٤/٢٩.

(٤) انظر: تخريج الفروع على الأصول ١/٢٤٣.

(٥) لأنّ السّكوت عدمٌ محضٌ، والأحكام لا تترتّب على العدم، ولا يستفاد منه الأقوال. انظر: بداية المجتهد ٤/٢٩، وتخريج الفروع على الأصول للزّنجاني ١/١٢٤-١٢٥، ومختصر الرّوضة للطّوفي ٣/٨٤-٨٥.

(٦) انظر: المهذّب ١/٦٨٧.

١٤-السّكوت لا يسقط الخيار[١].

١٥-السّكوت ليس رضا أصلاً[٢].

١٦-المسكوت لا يكون له حكم المنطوق[٣].

---

(١) انظر: المهذّب ٦/٢.

(٢) انظر: المحلّى ٣٥٦/٧.

(٣) ويلزم على ظاهر هذا؛ أن يكون حكم المسكوت عنه على خلاف حكم المنطوق، لكن هذا في مفهوم المخالفة؛ كما في قوله ﷺ: «وفي صدقة الغنم: في سائمتها...»، أخرجه البخاري في صحيحه ٣٧٢/٣، كتاب الزّكاة، باب زكاة الغنم، برقم: (١٤٢٣)، فالمنطوق السّائمة، والمسكوت عنه المعلوفة، والتّقييد بالسّوم أخذ منه عدم وجوب الزّكاة في المعلوفة؛ لأنّ الشّيء إذا كان يعتريه وصفان لازمان، وعلّق الحكم بأحد وصفيه كان ما عداه بخلافه؛ فلا تجب الزّكاة في دواب تعلف بعلف اشتراه لها أو جمعه من الكلأ أو غيره، شريطة أن تعلف الحول كلّه أو أكثره.

ويُسَمَّى هذا الأسلوب دليل الخطاب، وتنبيه الخطاب، وله عدّة أقسامٍ مذكورة في كتب أصول الفقه.

وأمّا مفهوم الموافقة -وهو الذي يكون فيه المسكوت عنه موافقاً ومساوياً لحكم المنطوق، أو أولى بالحكم منه- فله حكم المنطوق به.

مثال المسكوت المساوي للمنطوق: إحراق مال اليتيم وإغراقه المفهومُ مَنْعُهُ من مثل قوله تعالى﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾، [سورة النّساء، من الآية: ١٠].

ومثال كون المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق تحريم ضرب الوالدين المفهومُ مَنْعُهُ من باب أولى من قوله: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾، [سورةِ الإسراء، الآية: ٢٣]؛ فإذا كان التّأفّف محرّماً فمن باب أولى الضّرب.

انظر: تفسير السّعديّ ص ٤٥٦، ومعالم السّنن ٢٢١/٢، والمنثور للزّركشي ٤٠٠/١-٤٠٣، وفتح الباري ٣٧٦/٣، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٨٤-٢٨٦، الملخّص الفقهيّ ص ١٨٦/١.

١٧-السّكوت عن الشّيء لا يقتضي ترك فعله[١].

شرح مفردات القاعدة:

السّاكت: من السّكوت، وهو: ترك التّكلّم مع القدرة عليه[٢].

وقد يكون السّكوت أبلغ جواباً من الكلام، وأفضل إعراضاً في بعض الأحيان عن القول الذي لا يطابق المراد[٣].

المعنَى الإجمالي للقاعدة:

أنّ مَن لَزِمَ السّكوتَ، وهو قادرٌ على التّكلّم، غير كائنٍ في معرض الحاجة إلى البيان، ولا مستعين بالإشارة لتفسير لفظٍ مبهمٍ في كلامه؛ فإنّه لا يُنْسَبُ إليه قولٌ، ولا يُقَال: إنّه قال كذا، ولا ينسب إلى ساكتٍ قولُ قائلٍ، ولا عمل عاملٍ، إنّما يُنسب إلى كلٍ قولُه وعملُه.

أمّا سكوت القادر على التّكلّم وهو كائنٌ في معرض الحاجة إلى البيان، وفيما يَلْزَمُ التّكلّم به؛ فإنّ سكوته يُنَزَّل مَنْزلة البيان والإقرار والرّضا، ويؤخذ به، إن كان عَالماً بأنّه مُؤَاخَذٌ به، وَوُجِدَ ما يدلّ على ذلك من القرائن وظاهر الحال، أو وجود ضرورةٍ لدفع الغرر والضّرر.

أمّا غير القادر على التّكلّم والمستعين بالإشارة كالأخرس الأصلي؛ فإنّ إشارته المعهودة كالبيان باللّسان[٤].

---

(١) انظر: فتح الباري ١٧٩/٢.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢١٦/٤-٢١٧، والمفردات ص٢٤٢، والجامع لأحكام القرآن ٢٥٨/٧، والتّعريفات ص١٢٠، ومختار الصّحاح ص٣٠٦، والمصباح المنير ص١٠٧.

(٣) انظر: المحلّى ٣٥٣/٧، وفتح الباري ١١/٣، و٥٨٣/٨، و١٢٠/٩، و٢٩٢.

(٤) انظر: الأمّ ١٥٢/١، وبداية المجتهد ٢٩/٤، وشرح القواعد الفقهية لأحد الزّرقا =

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

اتّفق أهل العلم على القاعدة وعلى استعمالها.

كما اتّفقوا على أنّه يُسْتَثنَى منها، واختلفوا فيما يُستَثْنَى، ويمكن القول باتّفاقهم في الجملة على استثناء أمور ثلاثة:

أوّلاً: سكوت رسول الله ﷺ ؛وذلك لأنّه لا يسكت عن المنكر،ولا يجوز له الإقرار على الباطل لعصمته،فإذا سكت عن شيءٍ فهو عفوٌ جائزٌ وشرعٌ، ويعتبر إقراراً منه ﷺ وهو قسم من أقسام السّنة الثّلاثة عند أهل العلم[١].

ثانياً: سكوت مَن تثبت له العصمة؛ كمجموع مجتهدي الأُمّة؛ حيث ثبتت لهم العصمة بأدلّة من الأخبار النّبوية بلغت حدَّ التّواتر المعنويّ لاختلاف ألفاظها واشتراكها في الدّلالة على أمرٍ واحدٍ وهو نفي الخطأ عنهم، منها: قوله ﷺ : «لا تزال طائفةٌ من أمّتي ظاهرين على الحقّ لا يَضُرُّهم مَن خذَلَهم حتّى يأتي أمر الله وهم كذلك»[٢].

وفُسِّرت (طائفة) أنّهم أهل العلم[٣]؛ فسكوتهم جميعاً على شيءٍ

=

ص٣٣٧،و٣٥١.

(١) انظر: المحلّى ٣٥٢/٧، وتنقيح الفصول ١٠٦/١، والمنثور ٤٠٠/١، وشرح مختصر الرّوضة ٨٣/٣، و٨٥، ومذكّرة أصول الفقه ص ١١٣، شرح مسلم للنّووي ٢٢٣/١٦، وأفعال الرّسول للأشقر ١٨/١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٠٦/١٣، من حديث المغيرة بن شعبة، كتاب الاعتصام، باب تعليم النّبيّ ﷺ أمّته من الرّجال والنّساء، برقم: (٧٠٤٣)، وأخرجه مسلم ١٥٢٣/٣، من حديث ثوبان، كتاب الإمارة، برقم: (١٩٢٠)، واللّفظ له، ومن حديث المغيرة برقم: (١٩٢١).

(٣) انظر: سنن التّرمذي ٤٠٥/٤، وشرح النّووي على صحيح مسلم ١٥٢٣/٣.

كصريح القول؛ لأنّه لا يجوز سكوتهم على الباطل؛ لأنّ المعصوم لا يصدر عنه إلاّ الصّواب(١).

ثالثاً: سكوت البكر عند استئمارها للزّواج؛ وذلك بنصٍّ من النّبيّ ﷺ: «الثّيّب أحقّ بنفسها من وليّها، والبكرُ تُسْتَأمَرُ، وإذنُها سُكُوتُها»(٢).

رابعاً: اختلفوا في جعل السّكوت رضا وإقراراً وبياناً في غير ما ذُكِر.

فذهب الظّاهرية إلى أنّ السّكوت لا يكون رضا ولا إقراراً مطلقاً(٣).

والمذهب عندالحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة إلى اعتبار السّكوت من غير عذرٍ رضا وإقراراً؛ كصريح القول فيما يجب التّكلّم فيه، وعُلِمَ بمستقرّ العادة أنّ أحداً لا يسكت عليه إلاّ برضا منه؛ كالذي يرى حمل امرأته فيسكت ولا ينكره ثم ينكره بعد ذلك، والتي يجب فيها دفع الضّرر والغرر إذا ترك التّكلم مع القدرة عليه، بشرط وجود القرائن

---

(١) انظر: أصول السّرخسي ٣٠٣/١، ومقدّمة في أصول الفقه ص١٨٤، وتنقيح الفصول ١٤٤/١-١١٥، والمنثور ٤٠٠/١-٤٠٣، والمحلّى ٣٥٢/٧، وشرح مختصر الرّوضة ١٨/٣-٢١، وما قبلها وبعدها، ومذكّرة أصول الفقه ص ١٧٩-١٨٠، وسبل السّلام ٦٢/٤.

(٢) حديث استئذان البكر أخرجه البخاري في صحيحه ٩٨/٩، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب النّكاح، باب لا يُنْكِحُ الأبُ وغيرُهُ البكرَ والثّيّبَ إلاّ برضاها، برقم: (٤٩٤٦)، ومسلم في صحيحه ١٠٣٧/٢، من حديث ابن عبّاس -رضي الله عنهما-، كتاب النّكاح، باب استئذان الثّيّب في النّكاح بالنّطق، والبكر بالسّكوت، برقم: (٦٧/١٤٢١)، واللّفظ المذكور لمسلم. وانظر: فتح الباري ١٠٠/٩-١٠١.

(٣) انظر: المحلّى ٤٦٤/٦، و٣٥٢/٧-٣٥٨.

ودلالة ظاهر الحال؛ لأنّ السّكوت المشعر بالتّقرير يقوم مقام القول.

أمّا في غير الأمور اللازمة، أو مع وجود مانعٍ من التّكلّم وعدم القرائن ودلالة الحال؛ فلا يكون السّكوت دليل الرِّضا والإقرار. ومن هنا أضافوا إلى القاعدة جملةً أخرى فقالوا: **[لا ينسب إلى السّاكت قولٌ، لكنَّ السّكوت في معرض الحاجة بيانٌ]**[(١)].

وحيث قالوا: لا يُنسَب للسّاكت قولٌ فلا يُنسَب له فعلٌ[(٢)].

قال في شرح مختصر الرّوضة: «تنبيهٌ: القاعدةُ بمقتضى العقل واللّغة: أَنْ لا يُنْسَبُ إلى ساكت قولٌ، إلاّ بدليلٍ يدلّ على أَنّ سكوته كالقول؛ حكماً أو حقيقةً؛ لأنّ السّكوت عدمٌ محضٌ، والأحكام لا تترتّب على العدم، ولا يُستفادُ منه الأقوال»[(٣)].

من تطبيقات القاعدة:

---

(١) انظر: أصول السّرخسي ١/٢٥٩، و٣٠٣-٣١٠، و٣٤٣، و٢/٥١، بدائع الصّنائع ٢/٥٠٦-٥٠٨، و٦٢١-٦٢٢، و٦٤٣، و٣/١٣٦، و٣٩٢، و٥/٤٧، و٤٧، و٥/٣٣٨، و٣٤٦، و٥١٧، و٦/٣١، و٢١٠-٢١١، و٤٥٠، والاستذكار ٤/٤٠٧، والذّخيرة ٧/٣٧١، و٣٨٠، و٨/٩٨، والتّبصرة لابن فرحون، الباب (٥٣)، ومواهب الجليل ٥/٥٩٨، و٦٠٢، و٦/٦١١-٦١٢، و٧/٢٢٨-٢٢٩، و٨/٢٧٧-٢٨٨، وحاشية العدوي ٢/١٩٧، والمهذّب ١/٦٨٧، و٢/٦، و٣٨٠، ٣/٧١١، والمجموع ٧/٢٢٩، و٩/١٢٦،والمنثور ١/٤٠٠-٤٠٣، وفتح الباري ١١/٩، والمغني ٨/٦٢-٦٣، و١٠/١٦٦، والإنصاف ٤/٣٧٣، و٤٢٦، و٥/١٦٥، و٣٩٦، وشرح منتهى الإرادات ٣/٤٩٥، و٥/١٢٧، و٦/٦٤٤، وشرح مختصر الرّوضة ٣/٨٤-٨٧، وشرح القواعد الفقهية للزّرقا ص ٣٣٧-٣٤٤، والمدخل لدراسة الشّريعة الإسلامية لزيدان ص ٨٠، والوجيز للبورنو ص ٥٣-٥٤.

(٢) انظر: المنثور ١/٤٠٣.

(٣) شرح مختصر الرّوضة للطّوفي ٣/٨٤-٨٥.

١-مَن قيل له: يا كافر، فسكت لا يلزمه حكم الكفر؛ لأنّ السّاكت لا يُنسب إليه قولٌ، ولأنّ هذا من قبيل الأحكام، والسّكوت لا دلالة له عليها(١).

٢-لو أنّ شخصاً أجنبيّاً يبيع مالَ غيره، والغير حاضرٌ ساكتٌ لا يكون سكوته إجازةً ولا رضا، ويكون حكمه حكم ما لو باعه من غير علم صاحب المال، بخلاف ما لو قبضه المشتري بعدذلك بحضرته وهو ساكت ينظر؛فإنّه يكون إجازةً؛لضرورة دفع الضّرر(٢).

٣-لو رأى القاضي الصّبيَّ أو المعتوهَ يبيع ويشتري فسكت لا يكون سكوته إذناً بالتّجارة ولو لم يكن لهما وليّ؛ لأنّ السّكوت لا يثبت حكماً(٣).

٤-لو أنّ شخصاً يقتل ولد غيره، أو يتلف مالَ غيره، والغير يرى فسكت لم يمنع، ولم ينكر عليه، لا يكون سكوت الوالد إذناً بالقتل ولا سكوت المالك إذناً بالإتلاف، ويلزم القاتلَ والمتلفَ الضّمانُ؛ لأنّ السّاكت منكرٌ حكماً حتّى تسمع عليه البيّنة(٤).

٥-سكوت الرّجل الذي عرضت المرأة نفسها عليه لا يكون قبولاً؛ لأنّ السّاكت لا يُنسَبُ إليه قولٌ(٥).

---

(١) انظر: المحلّى ٣٥٣/٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢١١/٦، والأمّ ١٠٦/٧، والذّخيرة ٣٨٢/٧، والمهذّب ٦٨٧/١، و٣٨٠/٢، والمنثور ٤٠١/١-٤٠٣، والمغني ١٤٥/٤، وشرح منتهى الإرادات ٤٩٦/٣، والمحلّى ٣٥٥/٧، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٣٧.

(٣) انظر: شرح القواعد للزّرقا ص ٣٣٧.

(٤) انظر: المهذّب ٦٨٧/١، والتّمهيد للأسنوي ص ٤٥٣، وشرح مختصر الرّوضة ٨٤/٣، والمحلّى ٣٥٣/٧-٣٥٦، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٣٧.

(٥) انظر: فتح الباري ١٧٥/٩، و٢٠٦.

٦-لو حلف لا يدخل الدّار، فَحُمِل بغير أمره، وكان قادراً على الدّفع ولكنه سكت، لا يكون سكوته رضا واختياراً؛ لأنّه لا فعل له[1].

٧-سكوت المحرم عندما يحلق شخصٌ رأسه،وهو قادرٌ على الدّفع والمنع،فإنّ الفدية تجب عليه؛ لأنّ سكوته إقرار ورضا منه، ولا مطالبة على الحالق بشيءٍ[2].

٨-ولو قال الولي لِموليته: أريد أن أزوّجكِ من رجلٍ ولم يُسَمِّه، أو لم يُسَمِّ المهر، فسكتت لم يكن رضا؛ لأنّ الرّضا بالشّيء بدون العلم به لا يتحقّق[3].

٩-أنّ السّكوت لا يسقط الخيار، وعليه؛ فلو خيّر أحد المتعاقدين صاحبه فسكت المسؤول لا ينقطع خياره[4].

١٠-لو قيل لرجلٍ: أَطَلَّقتَ امرَأتَكَ؟ أو أَعْتَقْتَ رَقيقَكَ؟ أو أَزَوَّجْتَ ابْنَتَكَ فلاناً؟ أو أَبِعْتَ،أو أَرَهَنْتَ،أو أَوَهَبْتَ هذه العينَ؟ أو أَلِفُلانٍ عندَك كذا؟ فسكت، لم يكن سكوته إقراراً؛ لأنّ الإقرار لا بدّ فيه من قولٍ مع القدرة، والسّاكت لا ينسب إليه قولٌ[5].

---

(١) انظر: التّمهيد للأسنوي ص ٤٥٤، والمنثور ٤٠٢/١-٤٠٣.
(٢) انظر: المهذّب ٦٨٧/١، والمجموع ٢٢٩/٧، والتّمهيد للأسنوي ص ٤٥٥، والمنثور ٤٠١/١، وشرح مختصر الرّوضة ٨٥/٣-٨٦.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٠٧/٢، و٦٢٢، والذّخيرة ٣٨٢/٧، والمنثور ٤٠١/١-٤٠٣.
(٤) انظر: المهذّب ٦/٢، والمجموع ١٢٩/٩، والمغني ١٥٤/٧، والكافي لابن قدامة ٤٤/٢، والإنصاف ٣٧٣/٤.
(٥) انظر: شرح مختصر الرّوضة ٨٥/٣.

١١-ومنه: لو حُمِلَ أحد المتبايعين في مجلس الخيار فأُخْرِج، ولم يُمنَع من الكلام إلاّ أنّه سكت؛ فإنّ سكوته لا يبطل خياره؛ لأنّه مُكْـرَهٌ في المفارقة، ولأنّ السّكوت لا يُسْقِطُ الخيار(١).

١٢-ومنه: لو عَلِمَتِ المرأة أنّ الرّجل عنّين بعد الدّخول فسكتت عن المطالبة، ثم طالبت بعدُ فلها ذلك ويؤجّل سنةً من يومٍ ترافعها؛ لأنّ سكوتها بعد العقد ليس بدليلٍ على الرّضا؛ لأنّه زمنٌ لا تملك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه بها، فلم يكن سكوتها مسقطاً لحقّها(٢).

١٣-ومنه: لو علم البائع أنّ المشتري يطأ الجارية في مدّة الخيار وسكت، لا يكون سكوته مجيزاً للعقد؛ لأنّ السّكوت لا يُسْقِطُ الخيار؛ لأنّه ليس رضاً أصلاً(٣).

ما يكون السّكوت فيه رضا وإقراراً:

١٤-إذا قام دليلٌ شرعِيٌّ أو عقلِيٌّ أو قرينةٌ على نسبة القول أو مقتضاه إلى السّاكت؛ فإنّه يُعْمَلُ به، كما في إقرار النّبيّ ﷺ على قولٍ أو فعلٍ، مع علمه به، وقدرته على إنكاره.

١٥-سكوت البكر عند استئمار وليّها لها قبل التّزويج، وكذا سكوتها إذا بلغها النّكاح بعد أَنْ زوّجها؛ فإنّ سكوتها في ذلك كصريح القول؛ لأنّ حالتها -وهي استحياؤها عن إظهار الرّغبة في الرّجال لا عن

---

(١) هذا هو الأصحّ عن الشّافعية. انظر: المنثور ١/٤٠٢.

(٢) انظر: مختصر الخرقي ٧/١٥٤، والمغني ٧/١٥٤.

(٣) هذا هو الأصحّ عند الشّافعية. انظر: المنثور ١/٤٠٢.

إظهار عدمها- تدلّ على أنّ سكوهّا مع إمكان تصريحها بالرّدّ قبولٌ، لقيام دليلٍ شرعيٍّ على ذلك[1].

١٦-أمّا مثال قيام دليلٍ عقليٍّ؛ فَكَأَنْ أقرّ بأحد وَلَدَين وَلَدَتْهما امرأتُهُ في بطنٍ واحدٍ، وسكت عن توأمه؛ لَحِقَهُ نَسَبُهُ، و لم يكن له نفيه؛ لاستلزام إقراره بتوأمه الإقرار به عقلاً؛ إذ لا يُتَصَوَّرُ كونُ أحدهما منه والآخر من غيره[2].

١٧-أمّا مثال قيام قرينة على كون السّكوت رضا؛ فجواز بيع المعاطاة[3]، نحو: خُذْ وأَعْطِنِي، أو يتعاطيان بلا قول أصلاً، فإنّ الصّحيح الذي عليه جماهير فقهاء الأمصار صحّته؛ لدلالة السّكوت مع قرائن الأحوال على الرِّضا قطعاً، ولاصطلاح النّاس عليه في كلّ عصرٍ ومصرٍ من غير نكيرٍ[4].

١٨-إذا استدخلت المرأة ذكر الزّوج المولي عنها، وهو سَاكِتٌ مع القدرة ثبتت به الفيئة ويرتفع حكم الإيلاء[5].

---

(١) انظر: أصول السّرخسي ٥١/٢، وبدائع الصّنائع ٥٠٦/٢-٥٠٧، و٢١١/٦، والتّهذيب للبراذعي ١٣٥/٢، والاستذكار ٤٠٧/٤، والتّمهيد للأسنوي ص ٤٥٤، والمنثور ٤٠٢/١-٤٠٣، وشرح منتهى الإرادات ١٢٧/٥، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٣٨.

(٢) انظر: شرح مختصر الرّوضة ٨٥/٣.

(٣) بيع المعاطاة، هو: أن يناول المشتري الثّمنَ للبائع؛ فيناوله البائعُ السّلعةَ دون إيجابٍ ولا قبولٍ. انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٩٥.

(٤) انظر: شرح مختصر الرّوضة ٨٧/٣.

(٥) انظر: التّمهيد للأسنوي ص ٤٥٥.

١٩-سكوتُ الزّانية كصريح القول في الدّلالة على الرّضا؛ لأنّ التّمكين رضا عرفاً فيوجب إسقاط المهر(١).

٢٠-مَن كان له على رجلٍ حقٌّ و لم يستوفه حتّى ماتَ الذي عليه الحقّ، واقتسم ورثته ماله وهو حاضرٌ ساكتٌ؛ فإنّ سكوته يبطل دعواه في الدَّين إلاّ أن يكون له عذرٌ؛ لأنّ السّكوت كافٍ في إسقاط حقٍّ كما في الشّفيع(٢).

٢١-إذا قام رجلٌ أمام ملأ فقال: أشهدكم أنّ لي على فلانٍ كذا وكذا دينار، وفلانٌ مع القوم في المجلس فسكت ولم يقل: نعم، ولا: لا، مع انتفاء المانع؛ فإنّ سكوته إقرار فيلزمه الدَّين(٣).

٢٢-أنّ سكوت المالك عند قبض الموهوب له، والمتصدّق عليه، والمرتهن، والمشتري قبل نقد الثّمن إذنٌ؛ لأنّ حالته من إقدامه على العقد الموضوع لإفادة حكمه، ثم سكوته عند القبض مع قدرته على النّهي تدلّ كصريح القول على الإذن(٤).

٢٣-لو قال المالك لشاغل العقّارات: فرِّغها وإلاّ فَأُجِرَتُها كلّ يومٍ بكذا؛ فسكت الشّاغل؛ لزمته الأجرة؛ لأنّ السّكوت المشعر بالتّقرير يقوم مقام القول(٥).

---

(١) انظر: الذّخيرة ٣٨١/٧، والتّمهيد للأسنوي ص ٤٥٣.

(٢) انظر: التّبصرة لابن فرحون باب (٥٣)، ومواهب الجليل ٦١١/٦-٦١٢-٦١٣، و٢٢٩/٧.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٢٢٨/٧، والمحلّى ٣٥٧/٧.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢١١/٦، والذّخيرة ٣٨٠/٧-٣٨٢، و١٥٦/٨، و٨٤/١١، والتّاج والإكليل ٢٧٦/٨، والإنصاف ٤٢٦/٤، و١٦٥/٥، و٣٩٦، وشرح منتهى الإرادات ٤٩٦/٣، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٣٩.

(٥) انظر: الذّخيرة ٣٨١/٧، ومواهب الجليل ٢٢٩/٧، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٣٩.

٢٤-أنّ سكوت المزكّي عند سؤاله عن الشّاهد؛ فإنّه تعديلٌ إذا كان المزكّي عالماً؛ لأنّ حالته الدِّينيّة تدلّ على أنّه لو لم يكن عدلاً لما سكت عنه(١).

٢٥-إذا دفعت الأم في جهاز بنتها أشياء من أمتعة الأب ما هو معتاد، والأب يعلم ذلك وهو ساكتٌ؛ فإنّ سكوته يقوم مقام إذنه، فليس له الاسترداد من بنته، ولا تَضْمَنُ الأم؛ لأنّ السّكوت المشعر بالتّقرير يقوم مقال القول(٢).

٢٦-لو أصرّ المدّعَى عليه على السّكوت حين طَلَبَ الحاكمُ منه الجواب عن دعوى المدّعِي؛ فلم يُجب بنفيٍ ولا إثبات، لم يُجْعَل مُقِرّاً بالحقّ بسكوته، ولكن إذا سكت وهو عالمٌ بأنّ سكوته يعدُّ نكولاً، أو قال له الحاكمُ: إنْ أَجَبْتَ وإلاّ جَعَلْتُكَ ناكلاً، وقَضَيْتُ عليك؛ فإذا أَصَرَّ على السّكوت و لم يُجِب بشيء؛ فإنّه يُعَدُّ مداناً، ويُقْضَى عليه؛ لوجود شرط القضاء، وهو عدم إجابته تَنْزيلاً له مَنْزِلَة الإقرار لظهوره فيه، لا أنّه إقراره؛ دفعاً للضّرر عن المدّعِي(٣).

٢٧-سكوت الشّفيع عن طلب الشّفعة بعد العلم بالبيع؛ يُجعَل بِمنْزلة إسقاط الشّفعة؛ لضرورة دفع الضّرر عن المشتري؛ لأنّ السّكوت في موضع الحاجة إلى البيان كافٍ في إسقاط الحقّ(٤).

---

(١) انظر: التّمهيد للأسنوي ص ٤٥٣، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٣٩.

(٢) انظر: شرح القواعد للزّرقا ص ٣٤٠.

(٣) انظر: أصول الشّاشي ٢٦٢/١، والسّرخسي ٥١/٢، بدائع الصّنائع ٣٣٨/٥، و٣٤٦، والمنثور ٤٠١/١-٤٠٣، وشرح مختصر الرّوضة ٨٤/٣-٨٥، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٤٠.

(٤) انظر: أصول الشّاشي ٢٦٢/١، وأصول السّرخسي ٥١/٢، وبدائع الصّنائع ٢١١/٦، =

٢٨-لو اطّلع على عيبٍ في المبيع فقبضه أو دفع ثمنه؛ فإنّ ذلك منه إسقاط لحقّ الرّدّ بخيار العيب؛ لأنّ السّكوت بعد معرفة العيب رضا[١].

٢٩-وكذا لو حلف شخصٌ لا يأذن لعبده في التّجارة، فرآه يشتري ويبيع وهو سَاكِتٌ كان حَانثاً في يمينه؛ لأنّ السّكوت المشعر بالتّقرير يقوم مقَال القول؛ فيكون إذناً منه كصريح النّطق[٢].

٣٠-لو آجر الأرض للزّراعة، ولم يبيّن ما يُزْرَع فيها، فالعقد فاسد، فإذا زرع المستأجر فيها وعلم المؤجّر بما زرعه وسكت انقلب العقد صحيحاً ولزمت الإجارة ولم يبق للمؤجِّر حقّ الفسخ[٣].

٣١-السّكوت في النّسب رضا وإقرارٌ؛ والإقرار يثبت النّسب، وعلى هذا: إذا استلحق شخصٌ بالغاً، بأن قال: هذا ولدي، فسكت؛ فإنّ سكوته إقرار ورضا، وكذا لو هُنِّئ رجلٌ بولد فسكت ولم يرد على المهنِّئ بشيء، أو أَمَّنَ على الدُّعاء له، أو أخَّرً نفيه مع إمكانه، والعلم بأنّ له نفيه؛ لَحقَهُ نَسبُهُ، وكان السّكوت والحالة هذه اعترافاً منه بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف؛ لأنّ العاقل لا يسكت عند التّهنئة بولدٍ ليس منه عادةً[٤].

=

والذّخيرة ٣٧١/٧، والمحلّى ٣٥٦/٧-٣٥٨، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٤٠.

(١) انظر: الإنصاف ٤٢٦/٤، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٤١.

(٢) وقيل:لا يحنث.وبه قال الشّافعية والحنابلة؛لأنّ السّكوت ليس بإذن وإنّما هو إسقاط حقّه عن المنع من تصرّف العبد. انظر: أصول السّرخسي ٥١/٢، وبدائع الصّنائع ١٣٦/٣، والمهذّب٣٨٠/٢، وتخريج الفروع على الأصول ٢٤٣/١، وشرح منتهى الإرادات ٤٩٥/٣، والمحلّى ٣٥٣/٧-٣٥٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢٦٣/٥، وشرح القواعد للزّرقا ص ٣٤١.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣٩٢/٣، والمهذّب ٧١١/٣، والتّمهيد للأسنوي ص ٤٥٦، والمنثور

=

٣٢-إذا ادّعى رقّ شخصٍ بالغٍ في يده، وباعه وهو ساكت ينظر من غير مانعٍ من التّكلّم؛ فإنّ سكوته إقرار، فيجوز الإقدام على شرائه؛ لأنّ الظّاهر أنّ الحرّ لا يسترقّ[(١)].

٣٣-القراءة على الشّيخ وهو ساكتٌ يسمع تُنَزَّل منْزلة نطقه وقراءته[(٢)].

٣٤-إذا عقد واحدٌ من أهل الشّوكة البيعة لواحد، والباقون ساكتون انعقدت ولايته، وكذا إذا انعقد رئيس الكفّار لأهل بلده أو إقليمه وسكت الباقون انعقدت الهدنة[(٣)].

٣٥-إذا نقض بعض المشركين الهدنة، وسكت الباقون و لم ينكروا على النّاقضين بقولٍ ولا بفعلٍ يعدُّ سكوتهم كصريح القول أو الفعل وانتقضت الهدنة[(٤)].

ويَتخرّج على هذه القاعدة كلّ ما أشبه هذه المسائل، والسّرّ فيها: أنّ العبارات ليست مقصودةً لذاتها، بل لدلالتها على ما في النّفوس من الإرادات والمعاني؛ فإذا حصلت الدّلالةُ على ذلك بدون الألفاظ، صارت فضلةً لا حاجةَ إليها، كما لا يَحتاجُ الطّائرُ في صعوده السّطحَ إلى نصبِ سُلّمٍ؛ لاستغنائه عنه بالجناح[(٥)].

=

٤٠٢/١-٤٠٣، والكافي لابن قدامة ٥٤٣/٤، والمغني ٦٢/٨-٦٣، و١٦٦/١٠، وشرح مختصر الرّوضة ٨٥/٣، والإنصاف ١٤/١٢-١٥، وشرح منتهى الإرادات ٦٤٤/٦.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢١١/٦، والمهذّب ٧١١/٣، والتّمهيد للأسنوي ص ٤٥٦، والمنثور ٤٠٢/١-٤٠٣، وشرح منتهى الإرادات ٦٤٤/٦.

(٢) انظر: المنثور ٤٠٢/١.

(٣) انظر: التّمهيد للأسنوي ص ٤٥٥.

(٤) انظر: التّمهيد للأسنوي ص ٤٥٥، والمنثور ٤٠١/١.

(٥) انظر: شرح مختصر الرّوضة ٨٧/٣.

المبحث الثّالث: القاعدة الثّالثة [٣]

[النّاسي معذورٌ والعامد غيرُ معذورٍ]

و[النّاسي غيرُ معاقَبٍ]

و[لأنّ النّاسي الأصل فيه في الشّرع أنّه معفوٌ عنه إلى أن يقومَ الدّليلُ على غير ذلك].

ذكر ابن رشد هذه القواعد في عدّة مناسبات، منها:

١-دليل لأحد الأقوال في مسألة وجوب قضاء الصّلوات لِمَن تركها حتّى يخرج الوقت؛ حيث قال: «وسبب اختلافهم؛ اختلافهم في شيئين:

أحدهما: في جواز القياس في الشّرع.

والثّاني: في قياس العامد على الناسي إذا سلم جواز القياس.

فمَن رأى أنّه إذا أوجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشّرع في أشياء كثيرةٍ، فالمتعمّد أحرى أن يجب عليه؛ لأنّه غير معذورٍ... ومَن رأى أنّ النّاسي والعامد ضدّان، والأضداد لا يقاس بعضها على بعضٍ؛ إذ أحكامها مختلفةٌ، وإنّما تقاس الأشباه، لم يُجز قياس العامد على الناسي...

-إلى أن قال-: والقياس غير سائغٍ؛ لأنّ **الناسي معذورٌ، والعامد غيرُ معذورٍ**»(١).

---

(١) بداية المجتهد ١/٤٣٣-٤٣٤.

٢-دليل لإبطال أحد الأقوال في مسألة وجوب جزاء الصّيد مع النِّسيان؛ حيث قال: «وأمّا مَن أوجب الجزاء مع النِّسيان فلا حجّة له، إلاّ أن يُشبِّهَ الجزاء عند إتلاف الصّيد بإتلاف الأموال؛ فإنّ الأموال عند الجمهور تُضْمَنُ خطأً ونسياناً... ولا خلاف أنّ **الناسي غيرُ معاقَب**»(١).

٣-عند توجيهه لتفريق الإمام مالك بين العمدوالنِّسيان في الموالاة في أفعال الوضوء(٢)؛ حيث قال: «إنّما فرّق مالكٌ بين العمد والنَّسيان؛ لأنّ الناسي الأصل فيه في الشّرع أنّه معفوّ عنه إلى أن يقوم الدّليلُ على غير ذلك»(٣).

توثيق القاعدة:

ورد ذكر القاعدة أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في أحكام القرآن: «جنايات الإحرام لا يختلف فيها المعذور وغير المعذور في باب وجوب الفدية»(٤).

وما جاء في التّقرير والتّحبير: «لأن الناسي معذور غير معرض عن ذكر الله والعامد جان معرضٌ عنه»(٥).

وما جاء في التّمهيد: «النّاسي غير آثمٍ، والمتعمِّد آثم، فهذا الفرق

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٩٥-٢٩٦.

(٢) فقال: إنّ الموالاة فرضٌ مع الذّكر ومع القدرة، ساقطةٌ مع النسيان ومع الذّكر عند العذر ما لم يتفاحش التّفاوت.

انظر: بداية المجتهد ١/٥٤، والذّخيرة ١/١٩٢، و٣/٢٧٨، و٤/١٣٤.

(٣) بداية المجتهد ١/٥٥.

(٤) أحكام الجصاص ٤/١٣٣.

(٥) التّقرير والتّحبير لابن الحاج ٣/١٧٤. وانظر منه أيضاً: ٣/٣٣٦،

بينهما من جهة الإثم؛ وأمّا من جهة الحكم فلا))[١].

ما جاء في الذّخيرة: ((فإذا أقدم على الصلاة ولم يعلم تحريم الكلام فيها فهو عاصٍ مفرطٌ فلذلك كان المشهور إلحاقه بالعامد المقصِّر دون الناسي المعذور، فتخرج فروع الجاهل في الصلاة على هذه القاعدة))[٢].

ما جاء في فتح الباري: ((قوله: باب الخطأ والنّسيان في العتاقة والطّلاق ونحو؛ أي: من التّعليقات لا يقع شيءٌ منها إلاّ بالقصد...، قوله: ولا عتاقة إلاّ لوجه الله... وأراد المصنّف بذلك إثبات اعتبار النّيّة))[٣]، ولا نيّة للنّاسي والْمُخطئ.

وما جاء في المغني: ((لأنّ النّسيان يُسقِط المؤاخذةَ))[٤].

بعض القواعد المذكورة في كتب أهل العلم ذات العلاقة:

١-الأصل أن لا يسقط الوجوب بالنّسيان[٥].

٢-تأثير النّسيان في سقوط المأثم فحسب. أو النسيان يسقط المؤاخذة[٦].

٣-الجهل والنّسيان في المأمور به لا يُجعَل عذراً[٧].

---

(١) التّمهيد لابن عبد البرّ ٣٩٢/٢، وانظر: ٢٦٢/٣، وأحكام ابن العربي ٢٤١/٣، وتفسير القرطبي ٢٠/١١.

(٢) الذخيرة للقرافي ١٣٩/٢، وانظر: ٥٥/٤.

(٣) فتح الباري لابن حجر ١٩٠/٥-١٩١.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٩١/١٣.

(٥) انظر: الذّخيرة ١٩٢/١، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ص٤٣٦، والمهذّب ١٢٣/١.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٤١٣/٢، وأحكام الجصاص ٢٧٨/٢، والمغني ٢٩١/١٣.

(٧) انظر: المجموع ١٣٥/٧.

٤-الحظر لا يثبت مع الخطأ والنّسيان[١].

٥-الشّروط لا تسقط بالسّهو[٢].

٦-العامد والنّاسي في حكم الفروض سواء[٣].

٧-العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء[٤].

٨-الفرائض لا يسقطها النّسيان. أو النّسيان لا يُسقط ما وجب عمله من الفرائض[٥].

٩-لا يفترق العمد من النّسيان في باب إسقاط المأمورات[٦].

١٠-النّاسي أعذر من المخطئ[٧].

١١-النّاسي لا يعذر بالنّسيان المتكرّر، أو النّسيان الطّارئ هل هو كالأصلي؟[٨].

١٢-النّاسي والعامد في اليمين والطّلاق سواء[٩].

١٣-النِّسيان عذرٌ مسقطٌ للتّرتيب[١٠].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٦٢.

(٢) انظر: المهذب ١/١٢٣، والمجموع ٢/٢١٣، والمغني ٤/٣٦٨.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٢/٢٧٨، وبدائع الصّنائع ٢/٤٢٥، ٤٣٦-٤٣٧.

(٤) انظر:قواعدالمقرّي٢/٦٠٣-٦٠٤،والمجموع٧/١٩٦، وأشباه السّيوطي ص٣٤٠.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٤/١٦٧، وأحكام الجصاص ٢/٢٧٨، والتّمهيد لابن عبد البر ٢/٣٩٢، والاستذكار ١/٣٧٦، و٤/٢٤٩، والذّخيرة ١/١٩٢، وقواعد المقرّي ١/٣١١.

(٦) انظر: قواعد المقرّي ٢/٥٦٦.

(٧) انظر: قواعد المقرّي ٢/٥٦٥.

(٨) انظر:الفواكه الدّواني١/٢٤٣،و٣٣٠،وتطبيقات وقواعدالفقه عندالمالكية ص٤٢.

(٩) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٠٣.

(١٠) أي: ترتيب الصّلوات الفائتة. انظر: بدائع الصّنائع ٢/٣٥١.

١٤-النّسيان لا يؤثّر في المأمورات[١].

١٥-النّسيان لا يجعل المتروك من المأمور به مفعولاً[٢].

١٦-النّسيان والجهل، مسقط للإثم مطلقاً[٣].

شرح مفردات القاعدة:

النّاسي: هو الذي علم شيئاً ثم نسيه، وهو اسم فاعلٍ من النِّسيان؛ وهو ترك الإنسان ضبط ما استُودِعَ إمّا لضعف حفظه، وإمّا عن غَفْلةٍ، وإمّا عن قصدٍ حتّى ينحذِفَ عن القلب ذِكْرُهُ.

والنِّسيان مشترك بين معنَيَين:

أحدهما: ترك الشّيء عن ذُهُولٍ وغَفْلةٍ، وذلك ضدّ الذّكر والحفظ له، وهو ما لم يكن سببه عن تعمّدٍ وعُذرٍ فيه شرعاً؛ نحو ما روي عن النّبيّ ﷺ : ((إنّ الله تجاوز لأُمَّتِي الخطأ والنّسيان وما استكرهوا عليه)). وفي رواية: ((إنّ الله وضع عن أُمَّتِي الْخَطأ والنِّسْيَانِ وما استكرهوا عليه))[٤].

---

(١) انظر: التّمهيد ٣١٩/٢، وفتح الباري ١٨٥/٤، وإحكام الأحكام ٢١١/٢، وأشباه السّيوطي ص ٣٣٩.

(٢) انظر: قواعد المقرّي ٣٢٨/١.

(٣) انظر: أشباه السّيوطي ص ٣٣٩.

(٤) أخرجه من حديث أبي ذرّ الغفاري رضي الله عنه ابن ماجه في سننه ٦٥٩/١، كتاب الطّلاق، باب طلاق المكرَه والنّاسي، برقم: (٢٠٤٣)، وابن حبّان برقم:(٧٢١٩)، والحاكم في المستدرك١٩٨/٢، والبيهقي في السّنن الكبرى ٣٥٦/٧-٣٥٧، والطّحاوي ٩٥/٣، والدّارقطني ١٧٠/٤-١٧١. وصحّحه الحاكم على شرطيهما، ووافقه الذّهبي.
وقال في الزّوائد: ((إسناده صحيحٌ إن سلم من الانقطاع)).
وقال في التّلخيص الحبير ٢٨١/١: ((حسّنه النّووي والحاكم)).

=

والثّاني: ترك الشّيء على وجه تعمّدٍ، وهو كلّ نسيانٍ من الإنسان ذَمَّه الله تعالـى به فهو ما كان أصله عن تعمّد. ومنه قـول الله - تعالـى-: ﴿نَسُواْ ٱللَّهَ فَنَسِيَهُمْ﴾[1]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾[2]، ويتعدّى بالهمزة والتّضعيف؛ فيقال: أَنْسَاه الله، ونَسَّاهُ[3].

وحقيقته: عدم استحضار الشّيء وقت حاجته، وهو من متعلّقـات عمل القلب[4].

معذور: أي: غير ملومٍ. والاسم: العُذر،-تُضَمُّ الذّال للاتّباع، وتُسكن-، والجمع: أعذار، والْمَعذِرة والْعُذْرَى بمعَنى العُذْر[5].

=

وصحّحه الألباني في: صحيح سنن ابن ماجه ٣٤٧/١، بـرقم: (١٦٦٢)، وإرواء الغليل ١٢٣/١، برقم: (٨٢)، و٢١٤/٤، و٣٤٠/٧، والجامع الصّـغير ٢٦١/١، و٢٦٢، و٢٧٢، و٥٨٣، بـــرقم: (٢٦٠٩، و٢٦١١، و٢٧١٧، و٥٨٢٨، و١٣٠٦٦)، ومشكاة المصابيح ٣٧٢/٣، برقم: (٦٢٨٤)،وانظر: تعليـق محمّـد المعتصم بالله البغدادي على الحديث في أشباه السّيوطيّ ص ٣٣٧-٣٣٨.

(١) سورة التّوبة، الآية: ٦٧.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٢٧٨/٢، والاستذكار ١١٤/١، وأحكام ابـن العـربي ٣٣١/٢، والمحلّى ٢٠٤/٣، والمفردات للأصفهاني ص ٤٩٣، والنّهاية لابن الأثير ٥٠/٥، ومختار الصّحاح ص ٦٥٨، وفتح الباري ٨٥/٢، و١٩١/٥، و٣٠٠/٩-٣٠٦، و٢٣/١٠، و٥٥٨/١١-٥٦٢، والمصباح المـنير ص ٢٣١، والتّعريفـات للجرجاني ص٢٤١.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١٧٤/١، والتّقرير والتّحبير ٤٢٧/٣، وحاشية الطّحطـاوي ٤٣٧/١، وتفسير القرطبي ٢٨٦/٦، وفتح البـاري ٥٥٨/١١-٥٥٩، وشـرح المنظومة السّعدية ص ١٠٠.

(٥) انظر: النّهاية لابن الأثير ١٩٧/٣، والمصباح المنير ص١٥١.

العامد:هو ضدّ المخطئ، من العمد الذي هو ضدّ الخطأ،وهو قصد الشّيء والاستناد إليه(١).

معنَى القاعدة الإجمالي:

تفيد القاعدة أنّ مَن نَسِي ففعل شيئاً هو مأمورٌ بتركه، أو ترك شيئاً هو مأمورٌ بفعله؛ فإنّه معذورٌ غير معاقبٍ ولا مؤاخذ؛ فلا يلحقه الإثم، أمّا مَنْ تعمّد فعل شيءٍ من ذلك؛ فإنّه آثم وتلحقه العقوبة الشّرعية المترتّبة.

أهمّيّة القاعدة:

الأصل أنّ الإنسان الْمُكَلَّف يجب عليه امتثال الأوامر بإتيان المأمورات، واجتناب النّواهي بترك المنهيات، للأدلّة من الكتاب والسّنة والإجماع التي تدلّ على ذلك؛ منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا﴾(٢).

ومنها قول النّبيّ ﷺ :«...فَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ، وَإِذَا نَهَيْتُكُم عَن شَيْءٍ فَدَعُوهُ»(٣).

والإجماع على هذا؛ إذ هو مقتضَى محض عبودية العبد لربّ العباد(٤).

لكن قد تَحصل منه المخالفةُ بترك ما أُمِر بفعله، أو بفعل ما أُمِر

---

(١) انظر: المفردات للأصفهاني ص ٣٤٩، وطلبة الطّلبة ص ٣٢٨، ومختار الصّحاح ص ٤٥٤، والمصباح المنير ص ١٦٣، والمحلّى ٢/٢٣٧.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٣٦.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٢/٩٧٥، كتاب الحجّ، باب فرض الحجّ مرّة في العمر، برقم: (٤١٢/١٣٣٧).

(٤) انظر: تفسير القرطبي ١٤/١٦٦.

بتركه، وهو في هذه الحال لا يخلو من ناسٍ أو متعمّد.

فالنّاسي تركه عن ذُهُولٍ وغَفْلةٍ، ولم يكن سببه عن تعمّد، وهذا عُذر فيه شرعاً؛ فسقط عنه الإثم والحرج والمؤاخذة الأخروية، لأنّه مسلوب الاختيار؛ ولا يمكن الاحتراز منه؛ لأنّ النّسيان مركّب في الإنسان لا يمكنه أن يحفظ نفسه منه إلاّ ما كان خاصاً لرسول الله ﷺ[1]؛ كما في قوله تعالى: ﴿سَنُقْرِئُكَ فَلَا تَنسَىٰٓ ۝٦ إِلَّا مَا شَآءَ ٱللَّهُ﴾[2].

ولكن المراد رفع حكمه الأخروي الذي هو الإثم والمؤاخذة الأخروية، وأمّا أحكام العباد وحقوق النّاس من الضمان والكفارة ولزوم القضاء فثابتةٌ؛ لأنّ نفي الحرج والإثم لا يستلزم رفع وجوب القضاء أو الكفارة أو الضّمان[3].

وأمّا العامد الذي ترك المطلوب منه على وجه تعمّدٍ، فهذا غير معذورٍ شرعاً، بل هو مؤاخذ ومعاقب[4].

والرّخصة[5] والرّحمة والتّسهيل واللّطف المستفاد من هذه القاعدة

---

(١) انظر: أصول السّرخسي ٣٥٧/١، وأحكام ابن العربي ٣٧٨/٤، وفتح الباري ٢٥/١، ١٨٣/٤-١٨٦، والمحلّى ١٩٩/٣، ومجموع الفتاوى ٢٢٨/٢٥.

(٢) سورة الأعلَى، الآيتان: ٦-٧.

(٣) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٠٢-٣٠٣، والاستذكار ١١٥/١، والتّمهيد ٣٩٢/٢، و٢٦٢/٣، وأحكام ابن العربي ٣٤٨/١، و٥٢٥، والفواكه الدّواني ٣٢٠/١، وفتح الباري ٦٦٣/٣، و١٨٥/٤وروضة النّاظر ٣٢/٢-٣٣، وشرح مختصر الرّوضة ٦٦٨/٢-٦٦٩، والمحلّى ٤١٣/٧.

(٤) انظر: أحكام الجصاص ١٥٧/٢.

(٥) الرّخصة في عرف الشّرع: اسمٌ لِمَا يغيّر عن أمرٍ أصليٍّ بعارض عذرٍ إلى تخفيفٍ ويسرٍ؛ كرخصة تناول الميتة، وشرب الخمر بالإكراه والمخمصة.

=

من خصائص هذه الأمّة؛ أمّة محمّد ﷺ ؛ حيث لم تؤخذ بالخطأ والنّسيان والإكراه؛ لقوله ﷺ : ((إنّ الله تجاوز لأمّتي الخطأ والنّسيان وما استكرهوا عليه))[١]. وقد كان حكم النّاسي كالعامد في الإثم، وذلك من الإصر الذي كان على مَن قبلنا[٢].

من أدلّة القاعدة:

لما كان معنَى القاعدة لا يثبت مثله من جهة العقل إلاّ من جهة الشّارع رأيت ذكر بعض أدلة القاعدة من الكتاب والسّنة على النّحو التّالي[٣]:

١- قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾[٤].

وجه الاستدلال منه: حيث خصّ الْمتعمّد بإيجاب الجزاء عليه، فلو شاركه الْخاطئ والنّاسي في الوجوب لَمْ يكن للتّخصيص معنًى[٥].

٢- ما أخرجه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: لَمَّا نزلت على رسول الله ﷺ : ﴿لِّلَّهِ مَا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ ۗ وَإِن تُبْدُوا۟ مَا فِىٓ أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ ٱللَّهُ ۖ فَيَغْفِرُ لِمَن يَشَآءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَآءُ ۗ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ

=

انظر: بدائع الصّنائع٤/٤٤٨، والضّروري في أصول الفقه ص ٦٠، ومعجم لغة الفقهاء ص١٩٧.

(١) تقدّم تخريجه قريباً ص ٢٢٢.

(٢) انظر: فتح الباري ٣/٦٦٣، و١١/٥٥٩، وروضة النّاظر ٢/٣٣، وشرح مختصر الرّوضة ٢/٦٦٩-٦٧٠.

(٣) انظر:فتح الباري ٣/٦٦٣، ٤/١٨٣، و١١/٥٥٩، ومجموع الفتاوى ابن تيمية في الفقه٢٠/٥٦٩، و إعلام الموقعين ٢/٥٠.

(٤) سورة الْمائدة، الآية: ٩٥.

(٥) انظر: تفسير القرطبي ٦/٢٨٦، وبدائع الصّنائع ٢/٤٣٧.

﴿شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾[(١)]، قال: اشتدّ ذلك على أصحاب رسول الله ﷺ فأتوا رسول الله ﷺ، ثم بركوا على الرّكب، فقالوا: أي رسول الله! كُلِّفْنا من الأعمال ما نطيق الصلاة والصيام والجهاد والصدقة، وقد أنزلت عليك هذه الآية ولا نطيقها، قال رسول الله ﷺ: «أتريدون أن تقولوا كما قال أهل الكتابين من قبلكم: ﴿سَمِعْنَا وَعَصَيْنَا﴾[(٢)]، بل قولوا: ﴿سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ﴾[(٣)]، قالوا: ﴿سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ﴾، فلما اقْتَرَأَهَا القوم ذَلَّتْ بها ألسنتُهم فأنزل الله في إثرها: ﴿آمَنَ الرَّسُولُ بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ وَقَالُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ﴾[(٤)]، فلما فعلوا ذلك نسخها الله تعالى فأنزل الله عز وجل: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾، قال: نعم. ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا﴾، قال: نعم. ﴿رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ﴾، قال: نعم. ﴿وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾[(٥)]، قال: نعم»[(٦)].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٤.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٩٣، والنّساء، الآية: ٤٦.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٥.
(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٥.
(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.
(٦) أخرجه مسلم في صحيحه ١/١١٥، كتاب الإيمان، باب بيان أنّه سبحانه وتعالى لم =

٣-قول الله -تعالى- في قصّة نَبيَّين من أنبياء الله: الخضر وموسى عليهما وعلى نبيّنا السّلام حين طلب موسى أن يسمح له الخضر بمتابعته ليعلّمه مما عَلَّمَهُ الله، ووعده بقوله تعالى: ﴿ قَالَ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا وَلَآ أَعْصِى لَكَ أَمْرًا ﴾[1]، فسمح له الخضر واشترط عليه: ﴿ قَالَ فَإِنِ ٱتَّبَعْتَنِى فَلَا تَسْـَٔلْنِى عَن شَىْءٍ حَتَّىٰٓ أُحْدِثَ لَكَ مِنْهُ ذِكْرًا ﴾؛ أي: لا تبتدؤني بسؤال منك وإنكار حتّى أكون أنا الذي أخبرك، ﴿ فَٱنطَلَقَا حَتَّىٰٓ إِذَا رَكِبَا فِى ٱلسَّفِينَةِ خَرَقَهَا ۖ قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْـًٔا إِمْرًا ﴾ فعاتبه الخضر قائلاً: ﴿ قَالَ أَلَمْ أَقُلْ إِنَّكَ لَن تَسْتَطِيعَ مَعِىَ صَبْرًا ﴾، وكان هذا نسياناً من موسى فاعتذر للخضر قائلاً: ﴿ قَالَ لَا تُؤَاخِذْنِى بِمَا نَسِيتُ وَلَا تُرْهِقْنِى مِنْ أَمْرِى عُسْرًا ﴾، أي: لا تعسّر عليّ الأمر واسمح لي؛ فإنّ ذلك وقع على وجه النّسيان، فلا تؤاخذني في أوّل مرّة؛ فجمع بين الإقرار به والعذر منه؛ فعَذَرَهُ الخضر، وفي المرّة الثّانية عاتبه الخضر ولم تكن على نسيان بل كانت شرطاً؛ لذا لم يكن من موسى إلاّ أن قال: ﴿ قَالَ إِن سَأَلْتُكَ عَن شَىْءٍۭ بَعْدَهَا فَلَا تُصَـٰحِبْنِى ۖ قَدْ بَلَغْتَ مِن لَّدُنِّى عُذْرًا ﴾، وهذا شرطٌ لازمٌ شَرَطَ موسى على نفسه؛ لذلك قال له الخضر في المرّة الثّالثة كانت عمداً وفراقاً: ﴿ قَالَ هَـٰذَا فِرَاقُ بَيْنِى وَبَيْنِكَ ۚ سَأُنَبِّئُكَ بِتَأْوِيلِ مَا لَمْ تَسْتَطِع عَّلَيْهِ صَبْرًا ﴾؛ أي: فإنّك شرطت على نفسك؛ فلم يبق الآن عذرٌ.

وجه الاستدلال من هذه القصة القرآنية على صحّة القاعدة واضح؛

=

يكلّف إلاّ ما يطاق، برقم: (١٢٥).

(١) سورة الكهف، الآيات: ٦٩-٧٣.

حيث احتجّ موسى وهو نَبِيٌّ للخضر بالنّسيان؛ لعلمه أنّ النّاسي لا يؤاخذ، ولذلك قبل الخضر عذرَهُ ورضي بصحبته؛ فدلّ على أنّ النّسيان لا يقتضي المؤاخذة، وأنّه لا يدخل تحت التّكليف[1].

٤–قوله ﷺ: «إنّ الله تجاوز لأُمَّتي الخطأ والنّسيان وما استكرهوا عليه»[2].

٥–قوله ﷺ: «إنّما الأعمال بالنّيّة، وإنّما لكلّ امرئٍ ما نوى...»[3].

وجه الاستدلال منه: حيث دلّ عدم مؤاخذة المخطئ والنّاسي والمكرَه في تصرّفاتهم لعدم وجود القصد[4].

وكون النّاسي لا يأثم مَحلّ الإجماع بين أهل العلم[5].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لم تختلف المذاهب الفقهية في هذه القاعدة؛ أنّ الإثم مرفوع عن النّاسي وأنّ العامد آثم؛ ولأجل ذلك اختلف الأصوليّون في تكليف النّاسي[6]:

---

(١) انظر: أحكام ابن العربي ٣/٢٤٠–٢٤١، وتفسير القرطبي ١١/١٨–٢٠–٢٣، و٣٣ وفتح الباري ٨/٢٨٠، و١٠/٢٢–٢٣، و١١/٥٥٩، و٥٦٢، وتفسير السّعدي ص ٤٨٢.

(٢) تقدّم تخريجه قريباً ص ٢٢٢.

(٣) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ١/١٥، المقدّمة، كيف كان بدء الوحي، برقم: (١)، ومسلم في صحيحه٣/١٥١٥، كتاب الإمارة، باب قوله: «إنّما الأعمال بالنّيّة»، برقم: (١٩٠٧)، واللّفظ له.

(٤) انظر: فتح الباري ١٢/٣٤٤.

(٥) انظر: مجموع الفتاوى ٢٠/٥٦٩.

(٦) انظر مسألة تكليف النّاسي في: أحكام الجصاص ١/٢٣٠، و٣٠٠، و٣/٣١٦، و٤/١٣، و١٧٣، والضّروري في أصول الفقه ص ٥١، وتخريج الفروع على الأصول ١/٩٥، والتّمهيد لابن عبد البرّ ٣/٢٦٢، وأحكام ابن العربي ٤/٣٧٨، والمستصفى ١/٦٧–٦٨، وفتح الباري ١٢/٣٢٧، وروضة النّاظر ١/٩٦، وشرح مختصر الرّوضة ١/١٨٨–١٩١، و٢/٢٠٢–٢٠٣، وإعلام الموقّعين ٢/٥١، و٤/٨٥، ومذكّرة أصول =

فقيل: غير مكلَّف؛ للإجماع على سقوط الإثم عنه؛ إذ لو كان مكلَّفاً كان آثماً بترك العبادة حتّى فات وقتها.

وقيل: هو مكلَّف؛ بدليل الإجماع على وجوب القضاء عليه؛ إذ لو كانت الصّلاة غيرَ واجبة عليه في وقت النّسيان لما وجب عليه قضاؤها عند اليقظة والذّكر؛ لأنّ ما لا يجب لا يجب قضاؤه.

وجمع بعض محقّقي الأصوليّين من المالكية بين القولين بأن قال: إنّ عدم النّسيان شرطٌ في الأداء لا في الوجوب؛ فالصّلاة واجبة عليه مع أنّه غير مكلَّف بالأداء وقت النّسيان، فالتّمكّن منها بعد اليقظة والذّكر.

واختلف الفقهاء فيما يترتّب عليه من الأحكام، هل ذلك مرفوعٌ لا يلزم منه شيءٌ، على أنّ الأصل في النّاسي والمخطئ ألاّ شيء عليهما، أم تلزمه الأحكام المترتّبة؟ والصّحيح أنّ ذلك يختلف بحسب الوقائع، وفيما يلي تحرير ذلك:

بعد البحث في كتب الفقه والاطّلاع على أقوال الفقهاء، رأيت أنّه يمكن تقسيم الأحكام إلى أربعة أقسام باعتبار تأثير النّسيان في سقوطها وعدمه:

قسمٌ اتّفق الفقهاء أنّ النّسيان يسقطها، وهو القصاص والنّطق بكلمة الكفر[1].

وقسمٌ اتّفقوا على أنّه لا يسقط بالنّسيان، وهو:

١- ما كان من الأحكام من قبيل حقوق العباد: كالغرامات، والدّيات، والضّمانات، بل لا بدّ من إتيانها[2].

=

الفقه ص ٣٦-٣٧، والأصول من علم الأصول للعثيمين ص ٣٣.

(١) حكى هذا الاتّفاق الإمام القرطبي في تفسيره ٤١١/٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٣٦/٢-٤٣٧، وحاشية الطّحطاوي ٤٣٧/١، وتفسير =

٢-ما كان من قبيل المأمورات؛ مثل: أركان الإسلام كلِّها: كالصّلوات المفروضة، والصّوم والزّكاة، وسائر فروض الصّلاة والطّهارة، أو ما كان من قبيل الغرامات والضّمانات في العبادة؛كصيد المحرم؛ لم تسقط بنسيانها، بل لا بدّ من إتيانها إذا ذكرها؛ لأنّه لم يأت بها على وجه أُمِرَ به فلا يجزئه ذلك ولا تبرأ ذمّته حتّى يأتي بها على وجه مطلوب[١].

٣-ما كان من قبيل الشّروط لا يسقط بالنّسيان، بل لا بدّ من إتيانه على وجه مطلوب تبرأ به ذمّته[٢].

فهذه المواطن لم يختلف النّاسي والعامد فيها إلاّ في المأثم واستحقاق

=

القرطبي٣/٤١١،وفتح الباري١٠-٢٢-٢٣،وروضة النّاظر٢/٣٣، وشرح مختصر الرّوضة ٢/٦٦٩-٦٧٠، والمحلّى ٧/٢١٦، وشرح المنظومة السّعدية ص ١٠٠.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٢٥، و٤٣٧، و٤٦٢، و٤/١٦٧-١٦٩، وأحكام الجصاص ١/٣٠٠، و٢/٢٤٧، و٢/٢٧٨، والتّقرير والتّحرير ٣/١٧٤، وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٢-٣٠٣، والتّمهيد ٢/٣١٩، و٣٩٢، والاستذكار ١/٣٧٦، و٤٦٧، و٤/٢٤٩، وتفسير القرطبي ٣/٤١١، الفواكه الدّواني ١/٢٤٣-٢٤٤، والمهذّب ١/١٢٣، و٢٩١-٢٩٤، والمجموع ٢/٢١١-٢١٤، و٣/٩٧، و٤/٥-٨، و٣٢-٣٧، و٤٠، فما بعدها، و٧/١٣٥، وفتح الباري ٢/٧١، و٤/١٥٦، و١٠/٢٢-٢٣، وأشباه السّيوطي ص ٣٣٩، ومختصر الخرقي ٢/٣٨١، والمغني ٢/٣٨١، وشرح العمدة ٢/٢٨٣ وإحكام الأحكام ٢/٢١١، والمحلّى ٢/٢٣٥، و٣/١٩٩، و٢٠٣، و٢٠٤، و٢٢٢، و٢٢٨، و٧/٤١٣، ومجموع الفتاوى ٢٠/٥٦٩، و٢١/١٦١، و٢٢/٩٨-٩٩، وإعلام الموقعين ١/٢٧٢، و٢/٥٠، و٥١، و٣/٢٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/١٦٧-١٦٩، وأحكام الجصاص ٢/٢٤٧، والذّخيرة ١/٣٦١-٣٦٢، والخلاصة الفقهية ١/٦٧، و٧٢، والمجموع ٢/٢١٣، وفتح الباري ١٠/٢٢-٢٣، وأشباه السّيوطي ص ٣٤٠، والمغني ٤/٣٦٨، و١٣/٤٤٧، ومجموع الفتاوى ٢٢/٩٩.

الوعيد، فالنّاسي غير آثمٍ والعامد آثم.

جاء في فتح الباري: «المأمورات إذا وقعت على خلاف مُقتضَى الأمر لم يُعْذَر فيها بالجهل، والفرق بين المأمورات والمنهيّات: أنّ المقصود من المأمورات إقامة مصالحها؛ وذلك لا يحصل إلاّ بالفعل، والمقصود من المنهيّات الكفّ عنها بسبب مفاسدها، ومع الجهل والنّسيان لم يقصد المكلّف فعلها فيعذر»(١).

وأمّا في الأحكام التي هي فساد العبادة وإيجاب قضائها، ووجوب الضّمان والكفّارة فلا يختلفان، فَمَن ترك شيئاً منها فعليه أن يأتي به؛ لأنّه لم يأتِ بما أُمِر، ومَن أتلف مال غيره عمداً كان أو نسياناً فعليه ضمانه(٢).

وقسمٌ ثالثٌ ما اختلف العلماء في سقوط أحكامه بالنّسيان، وهو ما كان من قبيل المنهيّات ومحظورات العبادة، ومبطلاتها؛ كالكلام في الصّلاة، والأكل والشّرب في الصّلاة وفي نهار رمضان، والجماع في نهار رمضان وفي الحج، وحلق الرّأس والتّطيّب، وتقليم الأظافر في الإحرام، أو قتل الصّيد، والتّسمية في الذّكاة(٣).

---

(١) فتح الباري لابن حجر ١٠/٢٢-٢٣.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٢/١٥٧-١٥٨، والتّمهيد ٢/٣٩٢، والمحلّى ٣/١٩٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٢٥، و٤٣٦-٤٣٧، وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٢-٣٠٣، والتّمهيد ٩/٢٥٣-٢٥٤، وتفسير القرطبي ٣/٤١١، والمهذّب ١/٦٨٤-٦٨٧، والمجموع ٧/٢٢٤-٢٢٦، ومعالم السّنن١/٥٧٠، وشرح مسلم٥/٢٤، وفتح الباري ٤/١٨٣-١٨٦، و١٠/٢٢-٢٣، و١١/٥٥٨-٥٦٤، ومختصر الخرقي ٥/٣٩١، والمغني ٥/٣٩١-٣٩٢، ومجموع الفتاوى٢٠/٥٦٩، و٥٧٢-٥٧٣، و٢١/١٦٠، و١٦٤، وشرح المنظومة السّعدية ص١٠٠.

وسبب اختلافهم، هو اختلافهم في تصنيف تلك المحظورات والمبطلات بين كونها من قبيل المأمورات، وبين كونها من قبيل المنهيات.

فَمَن رأى أنّها من قبيل المأمورات قال: لا تسقط بالنّسيان؛ لأنّ القاعدة أنّ النّسيان لا يؤثّر في المأمورات والفروض(١).

وعلى هذا يحمل قول الحنفية: «إنّ فعل الخاطئ والنّاسي جنايةٌ وحرامٌ؛ لأنّ فعليهما جائزُ الْمؤاخذة عليه عقلاً، وإنّما رُفِعَت الْمؤاخذةُ عليه شرعاً مع بقاء وصف الْحظر والْحرمة... ولهذا لَمْ يُعْذَرِ النّاسي في باب الصّلاة، إلاّ أنّه جُعِلَ عذراً في باب الصّوم»(٢). يعني: يُحمل عدم الإعذار في باب الصّلاة على الْمأمورات والفروض، وإعذاره في باب الصّوم على الْمحظورات. والله أعلم.

ومَن رأى أنّها من قبيل المنهيّات قال: تسقط بالنّسيان؛ لأنّ المقصود من المنهيّات الكفّ عنها بسبب مفاسدها، ومع الجهل والنّسيان لم يقصد المكلّف فعلها فَيُعْذَر(٣).

وهؤلاء أيضاً على مذهبين: منهم مَن فرّق بين ما لا يمكن تداركه من محظورات العبادة بعد الفوت؛ كالجماع؛ فقالوا: يفسد الْحجّ بالْجماع ناسياً، وبلزوم الفدية إن حَلَقَ رأسَهُ، أو أصاب صيداً ناسياً.وأمّا ما يمكن تداركه كاللّبس أو الطّيب فتسقط بالنّسيان(٤).

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٠٢-٣٠٣، والتّمهيد ٣٣/٨-٣٤، و٦٤-٦٥، و٢٥٣/٩، وأحكام الجصاص ٢٤٧/٢، وفتح الباري ١٥٦/٤، و٢٢/١٠-٢٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٣٧/٢، و٤٦٢-٤٦٣.

(٣) انظر: فتح الباري ٢٣/١٠.

(٤) انظر: معالم السّنن ٤٠٨/٢-٤٠٩، وبدائع الصّنائع ٤٢٥/٢، و٤٣٦٧-٤٣٧، والمهذّب ٦٨٤/١-٦٨٧، والمجموع ٢٢٤-٢٢٦، والمغني ١٧٣/٥، و٣٩١- =

ومنهم مَن طرد القاعدة وقال: تسقط بالنّسيان مطلقاً؛ سواء ما يمكن تداركه أم لا؛ لأنّ النَّبيّ ﷺ قد رفع المؤاخذة عَمَّن أكل أو شرب في نهار رمضان ناسياً لصومه مع أنّ أكله وشربه لا يمكن تداركه[1]، ولأنّ مَن فعل محظوراً ناسياً لم تبطل عبادته؛ لأنَّه لا إثم عليه و لم يؤاخذه الله بذلك بأدلّة من الكتاب[2] والسنة[3]؛ وقال الإمام ابن رشد: ((فتأثير النِّسيان في إسقاط القضاء بيِّنٌ...، فإنّ تأثير النّسيان في إسقاط العقوبات بيِّنٌ في الشّرع))[4]، وحينئذٍ يكون بمنْزلة من لم يفعل المحظور؛ فلا يكون عليه إثم، ومَن لا إثم عليه لم يكن عاصياً ولا مرتكباً لما نُهِيَ عنه؛ فلا يُوصَف بالْجناية ولا الْحظر، وحينئذ يكون قد فعل ما أُمِرَ به و لم يفعل ما نُهِيَ عنه، ومثل هذا لا تبطل عبادته إنَّما تبطل العبادات إذا لم يفعل ما أُمِرَ به أو فعل ما حظر عليه[5]. وهذا التّعليل يطّرد معِي في كثيرٍ من تطبيقات القاعدة، وأشير إليه بقولي: (لما سبق من التّعليل).

=

٣٩٣، وشرح العمدة ٢/٢٨٣.

(١) انظر: إعلام الموقّعين ص ٩٢٧-٩٢٨.

(٢) كقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا﴾، [البقرة: من الآية٢٨٦]، وثبت أنّ الله سبحانه وتعالى قال: ((نعم)).

(٣) كما في الحديث: ((إنّ الله تجاوز عن أمَّتي الخطأ والنّسيان...)). الحديث.

(٤) بداية المجتهد ٢/١٨٢.

(٥) انظر: معالم السّنن ٢/٤٠٨-٤٠٩، وبدائع الصّنائع ٢/٤٢٥، و٤٣٦-٤٣٧، و٤٦٢-٤٦٣، وبداية المجتهد ٢/٣١٣-٣١٤، وفتح الباري ١١/٥٥٨-٥٦٤، ومختصر الخرقي ٥/٣٩١، والمغني ٥/١١٠، و١٧٣-١٧٤، و٣٩١-٣٩٣، وشرح العمدة ٢/٢٨٣، ومجموع الفتاوى ٢٠/٥٦٩، و٢٥/٢٢٦-٢٢٨، وإعلام الموقعين ٢/٥٠، وتقرير القواعد ص ٢٧٩.

وقسم رابع: أفعالٌ يقع فيها الْجانبان؛ جانبٌ فيه حقّ المخلوق، وجانبٌ فيه حق الخالق سبحانه وتعالى؛ فحينئذٍ يُرَتَّب على الفعلِ الأمورُ المتعلّقةُ بحقّ المخلوق، أو بحقّ الخالق في المأمورات، دون حقّ الخالق سبحانه وتعالى إذا كان النّسيان في فعل المنهيّات. مثال ذلك: رجلٌ طلّق زوجتَه، ثم خرجت من العدّة، ثم وطئها ناسياً كونَها قد طلّقها، فالإثم مرفوعٌ عنه، والأمور المتعلّقة والمترتّبة على هذا الفعل في حقوق الله تعالى ترفع عنه، فلا يُقام عليه حدّ الزّنا، إلى غير ذلك ممّا يتعلّق بحقّ الله تعالى.

وأمّا ما يتعلّق بحقّ المخلوق، أي: حقّ المرأة، وما يجب لها من المال أو إثبات النّسب، فهذا ثابتٌ، ولا يسقط بالنّسيان.

فهذه القاعدة (قاعدة النّسيان) من القواعد المهمّة تدعو الحاجّةُ الفقيهَ لمعرفتها؛ إذ بها يفرِّق بين المأمورات من الشّروط والأسباب والأركان فإنّها لا تسقط بالنّسيان، وبين المنهيّات والموانع فإنّها إذا فُعِلتَ ناسياً لا يؤثِّر فيها وتسقط بالنّسيان. والله -تعالى- أعلم[١].

وأمّا العامد فلا خلاف بينهم أنّه آثم معاقَب.

واختلفوا في وجوب القضاء عليه إذا ترك العبادة حتّى خرج وقتها على قولين:

المذهب الأوّل: مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة أنّه يَجبُ عليه القضاء وهو آثِمٌ وعاصٍ لله، وذكر بعضهم أنّها كبيرة من الكبائر[٢].

---

(١) انظر: المغني ١٠٩/٥-١١٠، وشرح المنظومة السّعدية ص ١٠٠-١٠١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٦٢/٢، و٢٦٣، والتّمهيد ٢١٩/١-٢٢٠، و٢٥١/٧،
=

دليلهم: أنّه إذا وجب القضاء على النّاسي الذي قد عذره الشّرع في أشياء كثيرة، فالمتعمّد أحرى وأولى أن يجب عليه؛ لأنّه غير معذور.

ولأنّ الأصل في العبادات المؤقّتة إذا فاتت عن وقتها أن تُقْضَى.

والمذهب الثّاني: ذهب بعض الظّاهرية إلى أنّه آثم ولا يمكنه القضاء أبداً، فليكثر من فعل الخير وصلاة التّطوّع؛ ليثقل ميزانه يوم القيامة، وليتب وليستغفر الله -عزّ وجلّ- (١).

وقال: إنّ النّاسي والعامد ضدّان، والأضداد لا يقاس بعضها على بعض؛ إذ أحكامها مختلفة، وإنّما تقاس الأشباه.

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّ مَن نسي الصّلاة أو الصّوم أو الزّكاة، أو نسي شيئاً من فروض عبادة؛ كتكبيرة الإحرام، وقراءة الفاتحة في الصّلاة، والقيام والرّكوع، ونحوها، لا يأثم، وعليه القضاء عند ذكرها؛ لأنّ الأصل أنّ العامد والنّاسي في حكم الفروض سواء، وأنّه لا تأثير للنّسيان في إسقاط شيءٍ منها(٢).

=

والاستذكار ١/١١٥-١٢٠، والمعونة ١/٤٥٩، وبداية المجتهد ١/٤٣٣-٤٣٤، والفواكه الدّواني ١/٢٣٠، وفتح الباري ٢/٨٥، والمحلّى ٢/٢٣٥-٢٣٧.

(١) ونسب إلى أبي عبد الرّحمن أحمد يحيَى البغدادي الشّافعي. انظر: المحلّى ٢/٢٣٥-٢٣٧، والإحكام لابن حزم ٥/٧٦، وشرح القلشاني ص: ٨٣٨-٨٣٩.

وقد ناقش هذا القول الإمام الحافظ أبو عمر يوسف بن عمر في كتابه الاستذكار ١/١١٥-١٢٠، وأتى بأدلّة من الكتاب والسّنة والآثار والإجماع والمعقول تغني عن تأويلات مَن خالف، وأوفق ممّا ذكره الإمام ابن رشد في بداية المجتهد ١/٤٣٤ في المسألة. وانظر: أحكام ابن العربي ١/٦٢٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/٣٣٨، و٤/١٦٧، و١٦٨-١٦٩، وأحكام الجصاص ٢/٢٧٨، و٤/١٣-١٤، و١٧٣، وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، والرّسالة لابن أبي

=

٢-أنّ مَن نسي الطّهارة فهو كَمَن تركها عمداً في بطلان حكم صلاته، ووجوب فعل الطّهارة وإعادة الصّلاة، إلاّ أنّ النّاسي غير آثمٍ(١).

٣-أنّ مَن نسي نزع الجبيرة بعد الصّحّة ليغسل ما تحتها، لا يأثم وعليه الإعادة؛ لأنّه ترك مأموراً(٢).

٤-أنّ مَن نسيَ وجوب القبلة، أو صلّى لغيرها ناسياً لا يأثم،وعليه الإعادة؛ لأنّه من شروط العبادة وفروضها، وهي لا تسقط بالنّسيان، وإن فعله عمداً فهو آثم، وعليه الإعادة، إلاّ بعذرٍ شرعي؛ كمَن في سفرٍ(٣).

٥-ومَن باشر النّجاسة في صلاته ناسياً لم يأثم، ولم تبطل صلاته؛ لأنّه ارتكب منهياً عنه ناسياً(٤).

=

زيد ص ١٣٠، وعقد الجواهر ١/١٢١-١٢٣، وشرح القلشاني ٢/٨١٦-٨١٧، والمهذّب ١/٢٩٠-٢٩٤، والمجموع ٤/٣٠-٣٧، وفتح الباري ٣/٦٦٣، و٤/١٨٥، وأشباه السّيوطي ص ٣٣٩-٣٤٠، والخرقي مع المغني ٢/٣٨١، والمغني ٢/٣٨١، ومجموع الفتاوى ٢٢/٩٨-٩٩، ومنتهى الإرادات ١/٦٦، وشرح منتهى الإرادات ١/٤٦٣-٤٦٨، والمحلّى ٢/٢٣٥، و٣/٢٢٢.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/١٦٧، و١٦٩، و١٧٣، وأحكام الجصاص ٢/٢٧٨، ٤/١٣-١٤، ١٧٣، وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، والاستذكار ١/٣٧٦، والتّمهيد ٢/٣٩٢، وبداية المجتهد ٢/٢٦٥، والفواكه الدّواني ١/٢٤٣-٢٤٤، والمهذّب ١/٦٤، والمجموع ١/٢١١-٢١٣، و٣/٩٧، و٤/٥ فما بعدها، و٨، والمغني ٢/٤٦٦، و٤٨٠، ومجموع الفتاوى ٢٢/٩٩، والمحلّى ٣/٢٠٤.

(٢) انظر: الذّخيرة ١/٣٦٢.

(٣) انظر: وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، والرّسالة لابن أبي زيد ص ١٣٢، وعقد الجواهر ١/٩٤، وشرح القلشاني ٢/٨٥٩، و٨٦٢، والفواكه الدّواني ١/٢٣٤، والخلاصة الفقهية ١/٦٧، والمجموع ٣/١٥١-١٥٢، والمحلّى ٣/٢٢٨.

(٤) انظر: وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، والاستذكار ١/٣٧٦، والتّمهيد ٢/٣٩٢، =

٦-أنّ مَن تكلّم ناسياً في الصّلاة لا يأثم ولا تبطل صلاته، ولا فرق بين الكثير والقليل؛ لأنّه فعل محظوراً مُبطلاً وهو ناسٍ، ومَن تعمّد لغير مصلحة الصّلاة يأثم وتبطل عليه(١).

٧-أنَّ مَن أكل أو شرب في الصّلاة عامداً بطلت صلاته؛ لأنّه إذا أبطل الصّوم الذي لا يبطل بالأفعال فلأن يبطل الصّلاة أولى، أو عمل عملاً ليس من جنس الصّلاة ولا لمصلحتها، أو من جنسها كالرّكوع والسّجود لكن في غير موضعها بطلت صلاته؛ لأنّه متلاعب بالصّلاة، وإن كان ناسياً لم تبطل كما لا يبطل الصّوم(٢).

٨-أنّ مَن جامع أهله في نهار رمضان ناسياً، ليس عليه إثم، ولا قضاء عليه ولا كفّارة، وصومه صحيح؛ لما سبق من التّعليل، ومَن فعله عامداً أثم وبطل صومه وعليه الكفارة(٣).

=

وإعلام الموقّعين ٢/٥٠، والمغني ٢/٤٦٦.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/١٦٨، وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، والتّمهيد ٣/٢٦٢، والذّخيرة ٢/١٣٩، وعقد الجواهر ١/١١٧، وتخريج الفروع على الأصول ١/٩٥-٩٦، والمهذّب ١/٢٨٣، والمجموع ٢/٢١٤، و٤/١٠، و١٥، و٤٠، و٧/١٣٥، والمغني ٢/٤٤٥-٤٤٩، والإنصاف ٢/١٣٦، و١٣٧، ومجموع الفتاوى ٢١/١٦٠، وإعلام الموقّعين ١/٢٧٢، و٢/٥٠، وشرح منتهى الإرادات ١/٤٦١.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، وعقد الجواهر ١/١١٩، والمهذّب ١/٢٨٦-٢٨٧، والمجموع ٤/١٩، و٤٠، وأشباه السّيوطي ص ٣٤٢.

(٣) وظاهر المذهب عند الحنابلة أنّ عمده وسهوه سواء.

انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٣٧، و٢٨٥، و٢٨٦، وأصول السّرخسي١/٢٤٥-٢٤٦، البحر الرّائق ٢/٢٩١، و٢٩٢، والتّقرير والتّحرير ٣/١٧٣، وحاشية الطّحطاوي ١/٤٣٧، والتّمهيد ٧/٢٤٢-٢٤٥-٢٤٨-٢٥٠، و٢٥١، و٢٥٦-

=

٩-أنَّ مَن أكل أو شرب في نهار رمضان ناسياً لا يأثم، وصومه صحيح ليس عليه شيء، ومَن فعله عمداً بطل صومه وعليه القضاء فقط عند الجميع، دليله: قوله ﷺ: «مَنْ أكل ناسياً وهو صائمٌ فَلْيُتِمَّ صومَهُ فإنّما أطعمه الله وسقاه»(١).

=

٢٥٧، والتّفريع ٣٠٥/١، ورسالة القيرواني ص ١٦١، والقوانين الفقهية ٨٣/١، وتفسير القرطبي ٣١٧/٢-٣١٨، وشرحي ابن ناجي وزروق ٣٠٣/١، والمهذّب ٥٨٨/١-٥٨٩، والمستصفى ٣٢٦/١، والمجموع ٢٢٦/٦، و٢٢٨-٢٣٠، و٢٤٢، و٢٤٥، وفتح الباري ١٨٣/٤-١٨٦، ومختصر الخرقي ٣٧٢/٤، والمغني ٣٧٢/٤، و٣٧٤، والإنصاف ٣١٣/٣، و٤٢٦/٨، ومجموع الفتاوى ٢٢٦/٢٥، وإحكام الأحكام ٢١٢/٢، وإعلام الموقّعين ٢٧٢/١، و٥٠/٢، والمحلّى ٢٢١/٦-٢٢٣، و٢١٦/٧.

(١) من حديث أبي هريرة، أخرجه البخاري في صحيحه ٥٥٨/١١، كتاب الأيمان والنّذور، باب إذا حَنَثَ ناسياً في الأيمان، برقم: (٦٤٣٥).
وعند المالكية مَن أكل أو شرب في نهار رمضان ناسياً لا يأثم، ولكن عليه القضاء فقط؛ لأنّ ما لا يصحّ الصّوم مع شيء من جنسه عمداً لا يجوز مع سهوه؛ كالجماع وترك النّيّة، ولأنّ ترك المفطرات من قبيل المأمورات عندهم.
وإن أفطر بأكل أو شرب أو جماع متعمِّداً في نهار رمضان فعليه القضاء والكفّارة.
انظر: بدائع الصّنائع ٢٣٧/٢، و١٦٨/٤، وأحكام الجصاص ٣٠٠/١، و٢٧٨/٢، وأصول السّرخسي ٢٤٥/١-٢٤٦، والتّقرير والتّحبير ٢٣٧/٣، و٤٢٨، والبحر الرّائق ٢٩١/٢، وحاشية الطّحطاوي ٤٣٧/١، والتّفريع ٣٠٥، و٣٠٦، ورسالة القيرواني ص ١٦١، والمعونة ٤٦٨/١، و٤٧١، والتّمهيد ٢٤٢/٧-٢٤٥-٢٤٨-٢٥٠، والاستذكار ١٩٤/٣-١٩٦، وعقد الجواهر ٢٥٣/١، وتفسير القرطبي ٣١٨/٢-٣٢٠، وشرحي ابن ناجي وزروق ٣٠٣/١، والمستصفى ٣٢٦/١، والمهذّب ٢١٦/١، و٥٨٨-٥٩١، والمجموع ٢١٤/٢، و١٩٧/٦، و٢٢٨-٢٣٠، و٢٣٣، و٢٣٤-٢٣٥، و١٣٥/٧، وفتح الباري ١٨٣/٤، و٥٥٩/١١، والمغني ٢٣/٣، والإنصاف ٣١٣/٣، وإعلام الموقّعين ٢٧٢/١، و٥٠/٢، و٩٤/٤، والمحلّى ٢٢١/٦.

١٠-أنّ مَن خرج من اعتكافه ناسياً لا يأثم، ولا يبطل اعتكافه؛ لما سبق من التّعليل، وإن خرج عمداً بطل[1].

١١-أنّ مَن جامع أهله في الإحرام ناسياً لا يأثم، وليس عليه فدية، ولا يبطل حجّه؛ لما سبق من التّعليل، وإن فعله عامداً أثم، وعليه فدية، وبطل حجّه، ويمضي فيه، وعليه الحجّ من قابل[2].

١٢-وكذا مَن ارتكب شيئاً من محظورات الحجّ الأخرى ناسياً ليس عليه شيء، ولم يبطل حجّه؛ كَمَن لبس، أو حلق رأسه، أو قلّم أظافره، أو تطيّب ناسياً ليس عليه فدية؛ لما سبق من التّعليل، وعليه أن يغسل

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢٨٢/٢، والمهذّب ٦٢٥/١، والمجموع ٣٤٠/٦، والكافي في فقه ابن حنبل ٣٧٢/١، ومنتهى الإرادات ١٧٠/١.

(٢) انظر: وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، والمجموع ١٣٧/٧، و٢٢٥، و١٩٠، وأشباه السّيوطي ص ٣٤٠، وإعلام الموقعين ٢٧٢/١، و٥٠/٢، والمحلّى ١٨٨/٧، و٢١٦.
والذي عليه الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة وقول الشّافعي القديم أنّ عمده ونسيانه سواء هنا وفي الصّوم؛ لأنّه في معنًى يتعلّق به قضاء الحج، ولا يقدر على ردّه؛ كالفوات.
انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، والرّسالة لابن أبي زيد ص ١٨٠، وشرحي ابن ناجي وزرّوق ٣٦٠/١-٣٦١، والمهذّب ٥٨٨/١-٥٨٩، و٦٨٤-٦٨٥، والمجموع ٢٢٨/٦، ١٣٧/٧، و٢٢٥، وأشباه السّيوطي ص ٣٤٠، ومختصر الخرقي ٣٧٢/٤، و١٦٥/٥، والمغني ١٦٦/٥، و١٧٣-١٧٤، والكافي في فقه ابن حنبل ٤١٤/١، والإنصاف ٤٩٥/٣، وشرح المعدة ٢٨٣/٢.
واستُثنيَ من محظورات الحجّ ثلاثة: الجماع، وحلق الشّعر، والصّيد، فقال هذه الثّلاثة العمد والنّسيان فيها سواء؛ لأنّه إتلافٌ لا يقدر على ردّه. وهو المذهب عند الشّافعية والحنابلة.
انظر: المهذّب ٥٨٨/١-٥٨٩، و٦٨٤-٦٨٥، والمجموع ٢٢٨/٦، ١٣٧/٧، و٢٢٥، وأشباه السّيوطي ص ٣٤٥، والكافي على فقه ابن حبل ٤١٤/١-٤١٥، والمغني ١٧٣/٥، و٣٩١، وتفسير السّعدي ص١٢١.

الطّيب وينْزع الملبوس في الحال، وإن أخّر ذلك عن زمن الإمكان فعليه الفدية، ومَن فعله عمداً فهو آثم وعليه الإعادة[١].

١٣-مَن نسي واجباً من واجبات العبادة؛ فإنّه ليس عليه إثم ولا قضاء، وإنّما يجبره بسجود السّهو إن كان في الصّلاة، وبالدّم إن كان في الحجّ[٢].

١٤-أنَّ مَن أودع وديعة أو استعار شيئاً فوضعه في محلٍّ ونسيه لزمه ضمانه[٣].

١٥-أنَّ مَن نسي ذكر اسم الله عند الذّبح لا يأثم، ويحلّ أكل الذّبيحة؛ لأنّه ليس بتارك اسم الله في المعنَى، وإن تعمّد فهو آثم ولا تحلّ الذّبيحة؛ لأنّه مِمّا لم يُذْكَر اسم الله عليه[٤]؛ لظاهر قوله تعالى:

---

(١) وبالجملة؛ فإنّ الحكم في الإتيان بمفسدات العبادة ناسياً أو جاهلاً هو عدم الإفساد، وعدم الكفارة والفدية.
انظر: بدائع الصّنائع ٤١٣/٢، وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، والتّفريع ٣٢٥/١-٣٢٦، والرّسالة لابن أبي زيد ص ١٨٠، والتّمهيد ٦٤/٨-٦٥، وشرحي ابن ناجي وزرّوق ٣٦١/١، وتخريج الفروع على الأصول ٩٧/١، والمهذّب ٦٨٤/١-٦٨٦، والمجموع ١٣٥/٧، و٢٢٤-٢٢٦، و٢٢٦، وإحكام الأحكام ٢١١/٢، ومعالم السّنن ٤٠٨/٢-٤٠٩، وفتح الباري ١٥٦/٤، وأشباه السّيوطي ص ٣٤٠-٣٤١، و٣٤٢-٣٤٣، ومختصر الخرقي ٣٩١/٥، والمغني ٣٩١/٥-٣٩٣، ومجموع الفتاوى ٥٦٩/٢٠، و٥٧٢-٥٧٣، وإعلام الموقّعين ٢٧٢/١، و٥٠/٢، وتقرير القواعد ص ٢٧٩، والمحلّى ٢٥٥/٧-٢٥٦، و٢٥٨، و٤١٣.

(٢) انظر: الاستذكار ٤٦٣/١، و٦٨٩/٣، وفتح الباري ٤٩٨/٣-٤٩٩، و٥٥٩/١١، والخرقي مع المغني ٣٨٥/٢، والمغني ٣٨٥/٢، ومجموع الفتاوى ١٦١/٢١.

(٣) انظر: وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، وحاشية الطّحطاوي ٤٣٧/١، وتفسير السّعدي ص ١٢١.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٧/٤/٢، وأحكام الجصاص ٣١٦/٣، و١٧٣/٤، وأصول السّرخسي ١٩٧/٢، والتّقرير والتّحبير ١٧٤/٣، و٤٢٧، و٤٢٨، الرّسالة لابن =

﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ﴾[(١)].

١٦-أنّ مَن حلف على شيءٍ ليفعله أو ليتركه، ثم نسي يمينه أو نسي المحلوف عليه، وفعل ما حلف بتركه، أو العكس، أنّه لا يأثم، ولا كفارة عليه، ولا حنث[(٢)] على النّاسي في الحلف بطلاقٍ ولا عتاقٍ؛ لأنّ النّاسي لا يُكلّف حال نسيانه فلا يلزمه الحنث[(٣)].

=

أبي زيد ص ١٨٥، وشرحي ابن ناجي وزرّوق ٣٧٦/١، والفواكه الدّواني ٣٩٥/١، والاستذكار ٢٤٩/٤-٢٥٠، وأحكام ابن العربي ٢٧٤/٢، وتفسير القرطبي ٦٨/٧، والذّخيرة ١٩٢/١، و١٣٤/٤، و١٧٨، وتخريج الفروع على الأصول ٣٦١/١-٣٦٢، والمحلّى ٤١٢/٧-٤١٣، والإحكام لابن حزم ١٣٩/٥-١٤٠، وتفسير السّعديّ ص ١٢١.

وبه بوّب البخاري -رحمه الله- حيث قال: «باب التّسمية على الذّبيحة ومَن تركه متعمّداً». صحيح البخاري ٥٣٨/٩. وقد قال جمع من الأئمة: فقه البخاري في تراجمه.فتح الباري ٢٩٣/١.

وقال ابن حجر: «وأشار بقوله: متعمداً إلى ترجيح التفرقة بين المتعمد لترك التسمية فلا تحل تذكيته ومن نسي فتحل». فتح الباري ٥٣٩/٩.

وقال الطّبري: مَن قال إنّ ما ذبحه المسلم فنسِي أن يذكر اسم الله عليه لا يحلّ فهو قولٌ بعيدٌ من الصّواب؛ لشذوذه وخروجه عمّا عليه الجماعة... وأمّا قوله: ﴿ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ﴾، [الأنعام: من الآية١٢١]؛ فإنّه يعني أنّ أكل ما لم يذكر اسم الله عليه من الميتة، وما أهلّ به لغير الله فسق، انظر: تفسير الطّبري ٢٠/٨ ولم يحكِ الطّبري عن أحد خلاف ذلك. وانظر: فتح الباري ٥٣٩/٩-٥٤٠.

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٢١.

(٢) الحنْثُ مصدر: حَنثَ، وهو الإثم والمعصية.
والحَنثُ في اليمين: نَقضها والنُّكثُ فيها.
انظر: المصباح المنير ص ٥٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٦٦.

(٣) ومَن رأى أنّه يحنث في الطّلاق والعتاق، قال: بأنّه متعلّق بشرطٍ فيقع بوجود

=

١٧-أنّ مَن نَسي أنّ له زوجةً، فقال: زوجته طالق ليس عليه شيء ولا يقع طلاقه[١].

١٨-أنّ العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها، وقال: كنت أنسيتها، قُبلَتْ، ولم تردّ شهادته[٢].

١٩-إذا طلّق رجلٌ زوجتَه، ثم خرجت من العدّة، ثم وطئها ناسياً كونَها قد طلّقها، فالإثم مرفوع عنه، والأمور المتعلّقة والمترتّبة على هذا الفعل في حقوق الله -تعالى- ترفع عنه، فلا يُقام عليه حدّ الزّنا، إلى غير ذلك مما يتعلّق بحقّ الله تعالى.

=

شرط؛ كما لو قال: أنتِ طالق إن طلعت الشّمس أو قدم الحج. وهو مذهب الحنفيّة والمالكية والحنابلة والمشهور عند الشّافعية.

انظر: رسالة القيرواني ص١٩٢، وأحكام ابن العربي ٢٤١/١-٢٤٢، و٢٦٠/٣، والذّخيرة ٤٩/٤، و٥٤-٥٥، والقوانين الفقهية ص ١٠٨، وشرحي ابن ناجي وزرّوق١٥/٢، وفتح الباري ٥٥٨/١١-٥٦٨، وأشباه السّيوطي ص ٣٤٥-٣٥١، ومختصر الخرقي ٤٤٦/١٣، والمغني ٤٤٦/١٣-٤٤٧، و٤٩٧، والإنصاف ٤٢٦/٨، وإعلام الموقّعين ٢٧٢/١، و٢٩٠، و٥٠/٢، و٨٥/٤-٨٧، و٩٤/٤، وتفسير السّعديّ ص ١٢١.

ولابن القيم رحمه الله كلام جميل في إعلام الموقّعين ص ٩٢٧-٩٢٨ حيث قال: «فكيف يؤاخذه بالخطأ والنّسيان في باب الأيمان؟! هذا من الممتنع على الشّارع، وقد رفع النّبيّ ﷺ المؤاخذة عمَّن أكل وشرب في نهار رمضان ناسياً لصومه مع أنّ أكله وشربه فعل لا يمكن تداركه، فكيف يؤاخذه بفعل المحلوف عليه ناسياً، ويطلّق عليه امرأته، ويخرب بيته، ويشتت شمله، وشمل أولاده وأهله، وقد عفا له عن الأكل والشّرب في نهار الصوم ناسياً؟!!...

وبالجملة فقواعد الشّريعة وأصولها تقتضي ألاّ يَحنث الحالف في جميع ما ذكرنا...».

(١) انظر: أحكام الجصاص ١٥/٥، وأشباه ابن نجيم ص ٣٠٣، وفتح الباري ٣٠٢/٩، وأشباه السّيوطي ص ٣٤٤، وسبل السّلام ١٧٧/٣.

(٢) انظر: المغني ٢٣٧/١٠، وشرح منتهى الإرادات ٥٥٦/٦.

وأمّا ما يتعلّق بحقّ المخلوق، أي: حقّ المرأة، وما يجب لها من المال أو إثبات النّسب، فهذا ثابت، ولا يسقط بالنّسيان(١).

٢٠-مَنْ أتَى حائضاً وهو لا يعلم أو ناسياً؛ فالإثم مرفوعٌ عنه، وليس عليه شيءٌ(٢).

٢١-لو باع أكلاً لغيره، ثم نسي البيع فأكل هذا المأكول؛ فإنّه لا يأثم وعليه الضّمان(٣).

٢٢-أنّ العمد والنّسيان في جماع المعتكف سواء؛ لأنّ الحال في الاعتكاف لا يحتمل النِّسيان(٤).

٢٣-أنّ مَن جاوز موضعاً يجب الإحرام منه غير محرمٍ أثم وعليه العود إليه والإحرام منه عمداً كان أو ناسياً، إلاّ أن يكون له عذرٌ؛ كخوف الطّريق أو انقطاع عن رفقته أو ضيق الوقت ونحوه، فإنّه يحرم من موضعه ويمضي، وعليه دمٌ إن لم يعد، ويأثم بالمجاوزة ولا يأثم بترك الرّجوع(٥).

٢٤-أنّ لزوم الكفارة والفدية والضّمانات بالمثل، وجزاء الصّيد إذا وجب على النّاسي فهو من باب ربط الأحكام بالأسباب؛ فمَن

---

(١) انظر: شرح المنظومة السّعدية ص ١٠١.

(٢) انظر: فتح الباري ١١/٥٥٩.

(٣) انظر: شرح المنظومة السّعدية ص ١٠١.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٨٥-٢٨٦، والتّفريع ١/٣١٩، والرّسالة لابن أبي زيد ص ١٦٣، وشرحي ابن ناجي وزرّوق ١/٣١٣، والفواكه الدّواني ١/٣٢٩-٣٤٠، والمجموع ٦/٣٥٩-٣٦٠، و٣٦١، ومختصر الخرقي ٥/٦٨، والمغني ٥/٦٩، ومنتهى الإرادات ١/١٧٠،وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٠٩.

(٥) انظر: المجموع ٧/١٣٥.

أصاب صيداً ناسياً وهو محرم لا يأثم، ولكن عليه ضمانه؛ لأنّه من باب ضمان المتلفات[1].

(١) انظر: الرّسالة لابن أبي زيد ص ١٨٢، والمهذّب ١/٦٨٥-٦٨٦، والمجموع ٧/٢٢٥، وفتح الباري ١١/٥٥٩، وإعلام الموقّعين ١/٢٧٢، و٢/٥٠، وشرح مختصر الرّوضة ١/٢٠٣، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧..

المبحث الرّابع: القاعدة الرّابعة [٤]

[الشَّكُّ لاَ يُوجِبُ عَمَلاً ولا يَرْفَعُ العِلْمَ المُوجِبَ للعَمَلِ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة عند توجيهه لأقوال العلماء في مسألة حكم الْحجامة للصّائم دليلاً؛ حيث قال: «وحديث[1] ابن عبّاس -رضي الله عنهما- يحتمل أن يكون ناسخاً[2]، ويحتمل أن يكون منسوخاً، وذلك شكٌّ، والشّكّ لا يوجب عملاً، ولا يرفع العِلْمَ الْموجِبَ للعمل. وهذا

(١) يشير -رحمه الله- إلى حديث عكرمة عن ابن عبّاس الذي ذكره، وهو: «أنّ النَّبيّ ﷺ احتَجَمَ وهو مُحْرِمٌ، واحتجَمَ وهو صَائمٌ». أخرجه من حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما، البخاري في صحيحه ٢٠٥/٤، كتاب الصّوم، باب الحجامة والقيء للصّائم، برقم: (١٨٨٩). وأخرجه من حديث عطاء عن ابن عبّاس رضي الله عنهما مسلم صحيحه ٨٦٢/٢، كتاب الحجّ، باب جواز الحجامة للمحرم، برقم:(١٢٠٢)، من غير: «واحتجم وهو صائمٌ».

(٢) النّسخ لغةً: الرّفع والإزالة والنّقل.
واصطلاحاً، هو: رفعُ الحكم الثّابت بخطاب متقدّم بخطاب آخر متراخٍ عنه.
ويطلق النّاسخ على الله تعالى؛ كما في قولهً: ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ ءَايَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَآ أَوْ مِثْلِهَآ ﴾، [سورة البقرة، الآية: ١٠٦].
ويطلق على الآية وما يعرف به النّسخ؛ فيقال: هذه الآية ناسخةٌ لآيةٍ كذا.
ويطلق على الحكم النّاسخ لحكمٍ آخر.
والمنسوخ هو: الحكم المرتفع.
انظر: المفردات ص ٤٩٢، ومختار الصّحاح ص ٦٥٦، والمصباح المنير ص ٢٣٠، وتقريب النّووي ١٩٠/٢، وتنقيح الفصول ١٠٩/١، وتدريب الرّاوي ١٩٠/٢، ومذكّرة أصول الفقه ص ٧٨-٧٩، ومباحث في علوم القرآن ص ٢٣٢، وتسهيل الوصول إلى علم الأصول ص ٤٨.

على طريقة مَن لا يرى الشّكَّ مؤثِّراً في العلم»[١].

توثيق القاعدة:

هذه القاعدة بمعنَى إحدى القواعد الكبرى المْتّفق عليها عند الفقهاء، وهي قاعدة: (اليقين لا يُزَالُ بالشّكّ)[٢]، أو: (اليقين لا يَزُول بالشّكّ)[٣]، أو: (اليقين لا يرفع بالشّكّ)[٤].

وورد ذكر القاعدة أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في معالم السّنن: «الشّكّ لا يزحم اليقين»[٥].

ما جاء في تأسيس النّظر: «الأصل عند أبي حنيفة أنّه مَتَى عُرِف ثبوت الشّيء من طريق الإحاطة والتيقّن لأيّ معنًى كان؛ فهو على ذلك ما لم يتيقّن بخلافه»[٦].

ما جاء في بدائع الصّنائع: «اليقين لا يبطل بالشّكّ»[٧]. و«العلم لا يبطل بالظّنّ»[٨].

وفيه -أيضاً-: الأصل المعهود في غير الثّابت بيقين إذا وقع الشَّكُّ في ثبوتِهِ أنّه لا يثبت. والأصل المعهود في الثّابت بيقينٍ إذا وقع الشَّكُّ في

(١) انظر: بداية المجتهد ١٥٦/٢.

(٢) انظر:المهذّب ٨٣/٣، والمجموع ١٠٨/١، والمنثور ٤٥/٢، وأشباه السّيوطي ص ٣٦، و١١٨.

(٣) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٥٦.

(٤) انظر: أشباه السّبكي ١٣/١.

(٥) معالم السّنن للخطّابي ١٢٢/١.

(٦) تأسيس النّظر للدّبوسي ص ١٠، نقلاً عن الوجيز للبورنو ص ١٦٦.

(٧) بدائع الصّنائع للكاساني ١٤٠/١، و٢٦٨/٢.

(٨) بدائع الصّنائع ١٧٤/١.

زواله أنّه لا يزول بالشّك»[1].

وفيه أيضاً: «حكم الإقرار لا يلزم بالشّك»[2]. وفيه: «الثّابت بيقينٍ لا يزول بالشّك»[3].

ما جاء في الأشباه والنّظائر: «الشّكّ لا يرفع الْمُتَيَقَّن قبله». و«اليقين لا يرتفع بالشّك». و«الشّكّ الطّارئ لا يرفع حكم اليقين السّابق»[4].

وجاء فيه أيضاً: «قاعدة: مَنْ شَكَّ أفعل شيئاً أم لا؟ فالأصل أنّه لم يفعل»، ثم قال: «وتدخل فيها قاعدة أخرى: مَنْ تَيَقَّن الفعل، وشَكَّ في القليل والكثير، حمل على القليل؛ لأنّه الْمُتَيَقَّن، إلاّ أن تشتغل الذّمة بالأصل فلا يبرأ إلاّ باليقين». ثم قال:

«ما ثَبت بيقين لا يرْتَفِعُ إلاّ بيقينٍ، والمراد به غالب الظّنّ»[5].

وفيه أيضاً: «الأصل بقاء ما كانَ على ما كان»[6].

وجاء في التّمهيد: «... أنّ اليقين لا يزيله الشّكُّ، ولا يزيله إلاّ يقينٌ مثله؛ لأنّه ﷺ أمر النّاسَ ألاّ يَدَعُوا ما هم عليه من يقين شعبان إلاّ بيقين رؤية أو استكمال العدّة، وأنّ الشّكّ لا يعمل في ذلك شيئاً؛ ولهذا نَهَى عن صوم يوم الشّكّ اطراحاً لأعمال الشّكّ، وإعلاماً أنّ الأحكام لا تجب إلاّ بيقينٍ لا شكّ فيه. وهذا أصلٌ عظيمٌ من الفقه، أن لا يَدَعَ الإنسانُ ما

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٤٠، وانظر: ٥/٤١٥-٤١٦، و٦/٤١٩.

(٢) بدائع الصّنائع ٦/٢٥١.

(٣) بدائع الصّنائع ٣/٢٩٠.

(٤) أشباه ابن نجيم ص ٥٦-٥٧.

(٥) أشباه ابن نجيم ص ٥٩. وانظر: أشباه السّيوطي ص ١٢٥.

(٦) أشباه ابن نجيم ص ٥٧.

هو عليه من الحالة المتيقّنة إلاّ بيقينٍ من انتقالها»(١).

وجاء في الاستذكار: «وفي هذا الحديث -يعني: حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما الآتي تخريجه قريباً- من الفقه أصلٌ عظيمٌ جَسيمٌ، يطّردُ في أكثر الأحكام، وهو أنَّ اليقين لا يُزيلُهُ الشَّكُّ، وأنَّ الشّيء مَبْنِيٌّ على أصله المعروف حتَّى يزيلَه يقينٌ لا شكَّ معَهُ، وذلك أنّ الأصلَ في الظّهر أربعُ ركعات، فإذا أحرمَ بها لزمه إتْمَامُها، فإن شكَّ في ذلك فيقينه أنّه على أصل فرْضِه في أربع ركعات، لا يخرجه منه إلاّ يقينٌ مثله.

وقد غلط قومٌ من عوام المنتسبين إلى الفقه في هذا الباب، فَظَنُّوا أنّ الشَّكَّ أوْجَبَ على الْمُصَلِّي إتْمامَ صلاته، والإتيان بالرَّكْعَة، واحتَجُّوا بذلك لإعمالِ الشَّكِّ في بعض نوازلهم.

وهذا غلَطٌ بيِّنٌ، بل اليقين بأنَّها أربع ركعات فرضاً أَوْجَبَ عليه إتْمَامَها...» ثم قال: «ألا ترى إلى رسول الله ﷺ لَم يَنْقُلْهُ عن أصل طهارته التي كان قد تَيَقَّنَها بشكٍّ عرَضَ له حتَّى يَسْتَيقَنَ الحدثَ.

والأصل في هذا وفي البناء على اليقين سواء، إلاّ أنّ مالكاً قال: مَن شَكَّ في الحدَث بعْدَ يقينه بالوضوء فعليه الوضوءُ، ولم يتابِعْهُ على هذا القول أحدٌ(٢) غيْرُهُ إلاّ مَنْ قال بقولِه من أصحابه»(٣).

وجاء في الفروق عدة قواعد منها: «كلّ مشكوك فيه ملغَى في الشّريعة». و«كلّ مشكوكٍ فيه يُجعَلُ كالمعدوم الذي يُجْزَم بعدمه»(٤).

---

(١) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٧٥/٧.

(٢) بل قال به غيره، وصحّحه. كما سيأتي قول العراقي شيخ ابن حجر إن شاء الله.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥٥٦/١.

(٤) الفروق للقرافي ١١١/١، فرق: [١٠]، و١٦٤/٢، فرق: [٩٧].

وجاء في الذّخيرة: ((قاعدة: الأصل ألاّ يعتبر في الشّرع إلاّ العلم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾[(١)]؛ لعدم الخطأ فيه قطعاً، لكن تَعَذَّر العلمُ في أكثر الصّور فجوّز الشّرع اتّباع الظّنون لندرة خطئها وغلبة إصابتها، وبقي الشّكّ على مقتضى الأصل، فكلّ مشكوكٍ فيه ليس بمعتبرٍ، ويجب اعتبار الأصل السّابق على الشّكّ. فإن شكّكنا في السّبب لم نُرتِّب المسبَّب، أو في الشّرط لم نرتِّب المشروط، أو في المانع لم نَنْفِ الحكم؛ فهذه القاعدة مجمع عليها لا تنتقض))[(٢)].

وجاء فيه أيضاً: ((الشّكّ في الشّرط يوجب الشّكَّ في المشروط ضرورةً)). و((الشّكّ في الشّرط مستلزم للشّكّ في المشروط))[(٣)].

وجاء فيه أيضاً: ((الشّاكُّ مأمورٌ بالبناء على اليقين))[(٤)].

وجاء فيه أيضاً: ((لا ميراث بالشّكّ))[(٥)].

وجاء في القواعد عدّة قواعد هي: ((قاعدة: المستنكح[(٦)] يلغِي الشّكَّ

---

(١) سورة الإسراء، الآية: ٣٦.

(٢) الذّخيرة للقرافي ٢١٨/١. والفروق ١١١/١، و١١٢، فرق: [١٠].

(٣) الذّخيرة ٢١٩/١، و٢٩٥/٢، والفروق ١١١/١، ف: [١٠].
وانظر: قواعد المقرّي ٢٩٣/١، ق: [٦٨]، وشرح القلشانِي ص ٨٨٢.

(٤) الذّخيرة ٣٢٠/٢.

(٥) الذّخيرة ١٩/١٣.

(٦) المستنكح من النّكاح،وهو التّداخل. والمستنكح هو: الذي داخله الشّكّ وكثر عليه ولازمه. ويسمّونه: الموسوس.

=

ويرجع إلى الأصل». يعني: يبني على أوّل خاطريه.

و«قاعدة: الشّكّ في أحد المتقابلين يوجب الشّكّ في الآخر بالضّرورة؛ فالشّكّ في الحدث يوجب الشّكّ في الوضوء، وهو نقيض ظنّه، هذا مستند الوجوب، وهو المشهور من مذهب مالك».

و«قاعدة: المعتبَرُ في الأسباب، والبراءة، وكلّ ما ترتّبتْ عليه الأحكامُ، العلمُ، ولَمّا تعذّر أو تعسّر في أكثر ذلك أقيم الظّنّ مقامَه لقربه منه؛ ولذلك سُمّي باسمه -في قوله-: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ﴾[1]، وبقي الشّكّ على أصل الإلغاء، إلاّ أن يدلّ دليلٌ خاصٌّ على ترتّب حكمٍ عليه؛ كالنّضح[2]،فلا عبرة بالشّكّ في الحدث في إيجاب الوضوء، ولا يقطع استصحاب الإباحة المتقدِّمة. هذا مذهب الشّافعي[3]. واستحبّ مالكٌ له الوضوء...؛ لأنّ الأصل في الصّلاة عمارةُ الذّمة المتيقّنة، والأصل ألاّ يُجتزأ بالظّنّ، وفي الوضوء البراءة المتيقّنة، ولا ترتفع بالشّكّ».

و«قاعدة: اختلف العلماء: هل ينقطع حكم الاستصحاب بالظّنّ؟ وهو المختار، أو لا بدّ من اليقين؟».

و«قاعدة: إذا استند الشّكّ إلى أصلٍ؛كالحلف، وكان سالم الخاطر أُمِرَ بالاحتياط»[4].

---

(١) سورة الممتحنة، الآية: ١٠.

(٢) النّضح: هو الرّشّ. والمراد به هو: إمرار الماء على موضعٍ برفقٍ من غير دلك. انظر: المصباح المنير ص ٢٣٣، والاستذكار ٣٣٢/١، والذّخيرة ١٧٦/١، و١٩١، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٠٥/١، و٢٣٩، و٤٣٨.

(٣) والحنفية والحنابلة. انظر: بدائع الصّنائع ١٤٠/١، وروضة الطّالبين ٧٧/١، والمجموع ١٨٢/١، وتقرير القواعد ص ٣٠٤.

(٤) قواعد المقرّي٢٨٧/١-٢٩٤،ق:[٦٤-٦٩]. وانظر: إيضاح المسالك للونشريسي =

وجاء في شرح القلشانِي: «القاعدة: أنَّ الشَّكَّ في النَّقصان كتحقّقِه»[١].

و«الأصل أنّ الشّكّ لا يعمل في اليقين»[٢].

وجاء في التّاج والإكليل: «حكم الشّاكّ في ترك السّجدة كحكم الموقن بتركها في وجوب إتيانه بها»[٣].

وفيه أيضاً: «الشّكّ في إكمال الأشواط كتيقّن النّقص»[٤].

وجاء في مواهب الجليل: «الشَّيءُ متَى شُكَّ في حكمه رُدَّ إلى أصله»[٥].

وجاء في إيضاح المسالك عدّة قواعد: «الذّمة إذا عمرت بيقينٍ فلا تبرأ إلاّ بيقين».

و«الشّكّ في الشّرط مانعٌ من ترتُّب المشروط»، و«الشّكّ في الزّيادة كتحقّقها»[٦].

وجاء في شرح المنهج المنتخب: «الشّكّ في التّماثل كتحقّق التّفاضل»[٧].

=

ص ٨١، ق: [٢٢]، الإسعاف بالطّلب ص ١٩، و١٩٦-١٩٧، و٢٥٠، وشرح المنهج المنتخب ص ٤٢٥، و٥١٧.

(١) شرح رسالة القيرواني للقلشانِي ص ٨٢٨، و٨٣٠. وانظر: المقدّمات ١/٢٠١، وعقد الجواهر ١/١٢٣، ومواهب الجليل ٢/٢٩٨، وإيضاح المسالك للونشريشي ص ٨٢، ق: [٢٦]، والإسعاف بالطّلب ص ١٩٤.

(٢) شرح القلشانِي ص ٨٨٠، وانظر أيضاً: ٨٣٢، ومواهب الجليل ٢/٢٩٨.

(٣) التّاج والإكليل للمواق ٢/٣٤٤، و٣٥٢.

(٤) التّاج والإكليل ٤/١١٢.

(٥) مواهب الجليل للحطاب ١/٧٤.

(٦) إيضاح المسالك لأحمد الونشريشي ص ٨٢-٨٣، ق: [٢٧-٢٨]، وص ٨٠، ق: [٢١]. وانظر: الإسعاف بالطّلب ص ١٩٤-١٩٥.

(٧) شرح المنهج المنتخب للمنجور ص ٤٢٦.

وجاء في نثر الورود: «الشّكّ ساقط الاعتبار إلاّ في النَّادر»[(١)].

وجاء في تطبيقات قواعد الفقه: «الشّكّ في الزّيادة في عقود الرّبا كتحقّق الزّيادة»[(٢)].

وجاء في المهذّب: «الفرض لا يسقط بالشّكّ»[(٣)].

وجاء فيه: «الاجتهاد ظاهرٌ والظّاهر لا يُزَالُ بالشّكّ»[(٤)].

وجاء في المجموع: «الأصل واليقين لا يترك حكمه بالشّكّ، وهذه قاعدةٌ مطّردةٌ لا يخرج منها إلاّ مسائلُ يسيرةٌ؛ لأدلّةٍ خاصّةٍ على تخصيصها، وبعضها إذا حقّق كان داخلاً فيها»[(٥)].

وجاء فيه أيضاً: «كلُّ مَنْ شَكَّ في شيءٍ هل فَعَلَهُ أم لا؟ فهو غير فاعلٍ في الحكم، ولا يزال حكم اليقين بالشّكّ»[(٦)].

وجاء في المنثور: «كلّ عبادةٍ أمكن أداؤها بيقينٍ لا يجوز الاجتهاد فيها»[(٧)].

وجاء فيه -أيضاً-: «اليقين لا يجتمع مع الشّكّ»[(٨)].

وجاء في تقرير القواعد: «إيقاع العبادات أو العقود أو غيرهما مع الشّكّ

---

(١) نثر الورود للشّيخ محمّد الأمين الشّنقيطي ص ٧٣.
(٢) تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للصّادق الغرياني ص ١٠٧.
(٣) المهذّب للشّيرازي ٢١٣/١.
(٤) المهذّب ٢٢٧/١.
(٥) المجموع للنّووي ١٠٣/١، و١٠٧.
(٦) المجموع ١٠٧/١. وانظر: أشباه السّيوطي ص ١٢٥.
(٧) المنثور للزّركشي ٣٦/٢.
(٨) المنثور ٤٥/٢.

في شرط صحّتها، أيجعلها كالمعلّقة على تحقيق ذلك الشّرط أم لا؟»[١].

وجاء في المنظومة السّعدية[٢] عدّة قواعد:

وترجعُ الأحكامُ لليقين فلا يُزيلُ الشَّكّ لليقين

بعد هذا العرض، ظهر جليّاً أنّ القاعدة لها مكانتها وأهميّتها في الفقه الإسلامي. وأنّ العلماء أولوها عنايتهم الكبيرة؛ فهذه الأقوال كلّها ترجع إلى معنًى واحد، وكثرتها مع تنوّعها وتكرّرها في كتب أهل العلم تدلّ على أنّ القاعدةً من حيث المعنَى مشهورةٌ، ومسلَّم لَها، وذلك لحاجة المكلَّف إلى موضوعها؛ إذ الشّكّ مما تعمّ به البلوى.وقد حظيت أيضاً بجملة كبيرة من نصوص الكتاب والسّنة والإجماع عليها.

من أدلّة القاعدة:

تدلّ على القاعدة جملةٌ من النّصوص الشّرعية منها:

١-وقول الله تعالى: ﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾[٣]؛ حيث دلّ على أنّ الظّنّ ليس كاليقين[٤].

٢-قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾[٥]، أي: ولا تتبع ما ليس لك به علم، بل تَثَبّت في كلّ ما تقوله وتفعله[٦].

---

(١) قواعد ابن رجب ص ٣٠٤، ق: [٦٨].

(٢) للشّيخ عبد الرّحمن بن ناصر السّعدي ص ٧٥، و٧٩، و٨١، و٨٨. وانظر: شرح المنظومة للدّكتور الشّثري ص ٧٥-٨٨.

(٣) سورة يونس، الآية: ٣٦.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ٨/٣٠٩.

(٥) سورة الإسراء، الآية: ٣٦.

وانظر: بدائع الصّنائع ٣/١٩٩، والذّخيرة ١/٢١٨-٢١٩، و٢/٢٩٤.

(٦) انظر: تفسير السّعديّ ص ٤٥٧.

٣-وقول الله تعالى: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾[١]؛ حيث دلّ على أنّ الظّنّ لا يغني من الحقّ شيئاً[٢].

٤-وقول النّبيّ ﷺ: «لاَ يَنْصَرِفُ حتَّى يَسْمَعَ صوتاً أو يَجدَ رِيحاً». قاله للذي شَكَى إليه أنّه يُخَيَّلُ إليه أنَّه يجد الشَّيءَ في الصّلاة[٣].

٥-قول النّبيّ ﷺ: «إذا وجد أحدُكم في بَطْنه شيئاً فأَشْكَلَ عليه، أَخرَجَ منْهُ شَيءٌ أم لا؟ فَلا يَخرُجَنَّ من المسجد حتَّى يَسْمَعَ صوتاً أو يَجدَ رِيحاً»[٤].

٦-قول النّبيّ ﷺ: «إذا شَكَّ أحدُكم في صلاته فلم يدرِ كَمْ صلَّى؟ ثلاثاً أم أربعاً؛ فَلْيَطْرَحِ الشَّكَّ وَلْيَبْنِ على ما اسْتَيقَن، ثم يسجد سَجدَتَين قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ...»[٥].

وجه الدّلالة من الأحاديث:

دلّ الحديث الأوّل والثّاني على إلغاء الشّكّ والعمل باليقين؛ إذ معناهما: حتَّى يَتيقَّنَ الحدَث. ولم يُرِدِ الصّوتَ نَفْسَهُ، ولا الرّيح نفسها بإجماع المسلمين، بل متَى ما تيقّن الحدث انتقضت طهارته؛ لأنّ المعَنى إذا

---

(١) سورة النّجم، الآية: ٢٨.

(٢) انظر: تفسير السّعديّ ص ٨٢٠.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١/٢٨٥-٢٨٦، و٣٣٩، كتاب الوضوء، باب لا يتوضّأ من الشّكّ حتّى يستيقن، برقم: (١٣٦، ١٧٦)، و٤/٣٤٥، كتاب البيوع برقم: (٢٠٠٤)، ومسلم في صحيحه ١/٢٧٦، كتاب الحيض، باب الدّليل على أنّ مَن تقيّن الطّهارة ثم شكّ في الحديث... برقم: (٣٦١).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه١/٢٧٦، كتاب الحيض، باب الدّليل على أنّ مَن تقيّن الطّهارة ثم شكّ في الحديث... برقم: (٣٦٢).

(٥) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أخرجه مسلم في صحيحه ١/٤٠٠، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة،باب السّهو في الصّلاة والسّجود له،برقم:(٥٧١).

كان أوسع من الاسم كان الحكم له دون الاسم[1].

قال في المجموع: «الأصل في هذا الباب، أعني: باب العمل على الأصل، وعدم تأثير الشّك في المياه والأحداث والثّياب والطّلاق والإعتاق وغير ذلك قولُ رسول الله ﷺ، وقد شكى إليه الرّجل يخيل إليه أنّه يجد الشّيء في الصّلاة، فقال:...»[2]، فذكر الحديث.

وقال في المنهاج: «هذا الحديث أصلٌ من أصول الإسلام،وقاعدةٌ عظيمةٌ من قواعد الفقه، وهي أنّ الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتَّى يتيقَّن خلاف ذلك، ولا يضرّ الشّكّ الطّارئ عليها... مَنْ تَيَقَّنَ الطّهارة وشكّ في الحدث حكم ببقائه على الطّهارة، ولا فرق بين حصول هذا الشّكّ في نفس الصّلاة وحصوله خارج الصّلاة... وَأمّا إذا تيقّن الحدث وشكّ في الطّهارة؛ فإنّه يلزمه الوضوء بإجماع المسلمين»[3].

وأمّا الحديث الثّالث فهو ظاهر بلفظه؛ حيث أمره بطرح الشّكّ والاعتماد على ما استيقن، وقد أجمع المسلمون على القاعدة في الجملة.

شرح مفردات القاعدة:

الشّكّ: ضدّ اليقين. ويطلق على: التّردّد والالتباس. ويشهد لهذا قولُهم: الْتَبَسَ الأمرُ واختلط وأشكل[4].

---

(١) انظر: سنن التّرمذي ١/١٠٩-١١٠، ومعالم السّنن ١/١٢٢، وبدائع الصّنائع ٣/١٩٩، وعارضة الأحوذي ١/٩٩، وشرح صحيح مسلم للنّووي ٤/٢٧٣، وفتح الباري ١/٢٨٧.

(٢) المجموع للنّووي ١/٧٧.

(٣) شرح صحيح مسلم ٤/٢٧٣. وانظر: معالم السّنن ١/١٢٢-١٢٣.

(٤) انظر: المفردات ص٢٦٩، ومختصر الصّحاح ص٣٤٤، والمصباح المنير ص ١٢٢، والمجموع٣/١٧٣.

والمراد به هنا هو: التّردّد بين أمرين على التّساوي. وقد يكون في الشَّيء أهُوَ موجودٌ أم لا؟ وقد يكون في جِنْسِه من أيِّ جِنْسٍ هو؟ وقد يكون في بعض صفاته[1].

العِلْم، هو: اليقين. وجاء بمعنًى: المعرفة. وهو إدراك الشّيء بحقيقته[2].

العِلْم الْموجِب للعمل: يصدق على اليقين[3]،كما يصدق على الظّن[4] الغالب[5].

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه قاعدة بعبارة الإمام ابن رشد تفيد أمرين:

---

(١) انظر: المفردات ص ٢٦٩، والمصباح المنير ص ١٢٢، والتّعريفات ص ١٢٨، وعارضة الأحوذي ١/٩٩، و١٠١، وأشباه ابن نجيم ص ٧٣، وشرح القلشاني ص ٥٥١، ومواهب الجليل ١/٧٤، ونشر الورود ص ٧٣، والمجموع ١/٧٧، و٣/١٧٣، و١٨/٢٧٣، وشرح صحيح مسلم للنّووي ٤/٢٧٣، والمنثور ٢/٤٦، ومنتهى الإرادات ٢/١٧٦، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤٩٨.

(٢) انظر: المفردات ص ٣٤٧، ومختار الصّحاح ص ٤٥٢، والمصباح المنير ص ١٦٢، والتّعريفات ص ١٥٥، ونشر الورود ص ٧٢.

(٣) اليقين، لغةً: بمعَنَى: استقرّ. والمراد هنا: العِلْم المطابق للواقع الذي لا شَكَّ معه.
انظر: المفردات ص ٥٥٣، ومختار الصّحاح ص ٧٤٣، والمصباح المنير ص ٢٦١، والتّعريفات ص ٢٥٩، وعارضة الأحوذي ١/١٠١، والمجموع ١/٩١، و١٨/٢٧١.

(٤) الظَّنُّ: خلاف اليقين، ويستعمل بمعَنَى اليقين، ومنه: الْمَظَنَّة بكسر الظّاء؛ للمَعْلَم، وهو حيث يعلم الشّيء، كما يستعمل بمعَنَى الشّكّ. والمراد به هنا: الاعتقاد الرّاجح مع احتمال النَّقيض.
انظر: المصباح المنير ص ١٢٢، و١٤٧، وأشباه ابن نجيم ص ٥٩، وعارضة الأحوذي ١/٩٩، و١٠١، والمجموع ٣/١٧٣، و١٨/٢٧١، وفتح الباري ١/٢٨٦، ونشر الورود ص ٧٣.

(٥) انظر: المصباح المنير ص ١٢٢، والمجموع ١/٩١، ونشر الورود ص ٧٢.

الأوّل: أنّ الشّكّ الطّارئ لا يوجب عملاً بنفسه، ويترتّب على هذا المعنَى:

الأمر الثّاني: أنّه لا يرفع العلم الثّابت السّابق في الوجود، والموجِب للعمل، وهو اليقين، أو الظّنّ الغالب؛ لأنّه لو رفع العلم الثّابت الموجِب للعمل لأَوْجَبَ عملاً، وقد نفاه. وإذا تقرّر هذا؛ عُلِمَ أنّ وجوده كعدمه. وأنّه لا اعتبار لطروه ولا تأثير. وأنّ الشّاكّ يستصحب ما كان عليه قبل طروه وجوداً وعدماً.

وصيغة الإمام ابن رشد -في نظري- أدقّ وأجود؛ لأنّه أسلم مِمّا اعترض به على غيرها؛ حيث قيل: لا يُتَصَوَّر ثبوت شكٍّ في محلّ ثبوت اليقين، فَمِنْ هنا حقّق بعض المحقّقين أنّ المراد: لا يرفع الشّكُّ الطّارئُ حكمَ اليقين السّابق؛ فالمراد أنّ الشّكّ لا يزيل اليقين من حيث الحكم وإلاّ فلا شكّ أنّ اليقين في الزّمن اللاحق ينتفي لوجود الشّكّ الطّارئ، فاليقين الثّابت في الزّمن الأوّل لا يبقى مع ورود الشّكّ[1].

وطريان الشّكّ على ثلاث صور[2]:

الأولى: طريان الشّكّ على أصلٍ حرامٍ؛ كشاة مذبوحة في بلد فيه مسلمون ومجوس، لا يغلب أحدهما الآخر فلا تحلّ؛ من باب تغليب الحظر على الإباحة.

الصّورة الثّانية: طريان الشّكّ على أصلٍ مباحٍ؛ كما لو وجد ماءً متغيِّراً، واحتمل أن يكن تغيّره بنجاسةٍ،أو بطول المكث؛فيحلّ استعماله مع

---

(١) انظر:أشباه ابن نجيم ص٥٦-٥٧،والاستذكار١/٣٣٥،والمنثور٢/٤٥،وشرح المنظومة السّعدية ص٧٦.

(٢) انظر: المجموع ١/٧٨، و١٠٢، و١٠٤، و١٠٦، والمنثور ٢/٤٥-٤٦.

الشّكّ عملاًبأصل الطّهارة، ومثله الشّكّ في الطّلاق والعتاق؛ فإنّ الأصل بقاء العصمة الزّوجية المتيقّنة، والملك المتيقّن.

الصّورة الثّالثة: طريان الشّكّ على ما لا يُعرَفُ أصله؛ كمبايعة مَن أكثر ماله حرامٌ؛ فلا يحرم؛ لإمكان الحلال، ويكره خوف الوقوع في الحرام.

فهذه القاعدة قاعدةٌ مهمّةٌ، وتدخل في جميع أبواب الفقه، بل إنّ هناك عدداً من القواعد الفقهية مرتَّبةٌ على هذه القاعدة(١).

وأمّا غلبة الظّنّ -وهي التي تسكن إليه النّفس ويطمئنّ به القلب-؛ فإنّه يعمل به؛ لأنّه في معنَى القطع؛ فمتَى غلب على ظنّه الطّهارة فلا إعادة عليه، ووجب العمل بذلك الظّنّ الغالب. ومَن توضّأ ووجد بللاً عقيبه فغالب الظّنّ أنّ ذلك البلل من الماء المستعمل(٢).

وينقطع حكم استصحاب الأصل بالظّنّ الغالب(٣)؛ فمن شَكَّ في صلاته أصلَّى ثلاثاً أم أربعاً، وغلب على ظنّه أنّه صلّى أربعاً؛ فإنّه لا يصلّي خامسةً، وإن غلب على ظنّه أنّها ثالثةٌ صلَّى رابعةً.

---

(١) انظر: أشباه السّيوطيّ ص ١١٩.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٧٢، والذّخيرة ١/٣٠١، والفروق ٢/١٦٤، وقواعد المقرّي ١/٢٩١، وشرح القلشاني ص ٨٣٠، ومواهب الجليل ١/٧٤، و٢/٤٣، و٢٩٨-٢٩٩، والمهذّب ١/٣٤، والمجموع ١/٧٨، و١٠٣، وشرح صحيح مسلم للنّووي ٤/٢٧٣، والمنثور ٢/٤٩-٥١، وأشباه السّيوطي ص ٢٥، وتقرير القواعد ص ٣٠٤، والمغني ١/١٦٠، و٢/٣٠-٣١، والإنصاف ١/٤٤٠، و٢/١٨، وشرح منتهى الإرادات ١/٣٦٤.

(٣) وهو مذهب الحنفية والمختار عند المالكية والشّافعية والحنابلة. انظر: المنتقى ١/١٧٧، وقواعد المقرّي ١/٢٩١، ق: [٦٧]، والمهذّب ١/٣٧، والمجموع١/٩١-٩٢، وتقرير القواعد ص٣٠٤، ق: [٦٨].

ومن أدلّة إعمال الظّنّ الغالب قوله -تعالى-: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ﴾[١]؛ فعوّل بالحكم على الظّنّ، والمراد به الاحتمال الرّاجحُ[٢].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة مجمع عليها في الجملة. وقد حكى الإجماع غير واحد من أهل العلم[٣] على أنّ الأصل ألاّ يعتبر في الشّرع إلاّ العلم، وأنّ كلّ مشكوكٍ فيه يُجْعَلُ كالمعدوم الذي يُجزَمُ بعدمه، وأنّ الأصل بقاء ما كان على ما كان حتّى يرد النّاقل، وأنّ الأصل استصحاب الأصل. وهي من القواعد التي حظيت بعنايةٍ كبيرةٍ من العلماء.

إلاّ أنّ الخلاف وقعٌ بين العلماء في بعض تطبيقات القاعدة ووجه استعمالها. وسبب ذلك هو: أيُّ الأصل الذي يستصحب؟ مع اتّفاقهم- أيضاً- على أنّ المكلّف لا تبرأ ذمّته حتّى يُوقِعَ العبادةَ متوفّرةَ الأسباب، مستوفية الشّروط، منتفية الموانع؛ فالذّمّة مشغولةٌ، وبراءة الذّمّة من الواجب تتوقّف على سببٍ مبرئٍ إجماعاً[٤].

فذهب المالكية إلى التّفريق بين الوسائل؛ كالشّروط، والأسباب، وبين المقاصد؛ كالصّلاة.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٢) انظر: شرح المنظومة السّعدية ص ٧٥.

(٣) كابن نجيم في أشباهه ص ٥٦، والقرافي في الذّخيرة ١/٢١٧-٢١٩، والفروق ١/١١١، فرق: [١٠]، و٢٢٥-٢٢٦، فرق: [٤٤]، و٢/١٦٤، فرق: [٩٧]، والقلشاني في شرحه ص ٨٨٠.

(٤) انظر: الذّخيرة ١/٢١٨، والفروق ١/١١١، وإحكام ابن دقيق ١/١٣٥، والمنظومة السّعدية ص ١٢٦.

فاعتبروا الأصل السّابق في الوسائل، وهو براءة الذّمّة، وأنّ شغل الذّمة بالفعل المكلَّف به؛ كالصّلاة مثلاً، متيقّنٌ يحتاج إلى سبب مبرئ؛ والشّكّ في الشّرط يوجب الشّكّ في المشروط ضرورةً، فيقع الشّكُّ في المكلَّف به كالصّلاة الواقعة بالطّهارة المشكوك فيها، وهي السّبب المبرئ، والمشكوك فيه ملغَى، فيستصحب شغل الذّمة.

وأمّا في المقاصد فإنّهم لم يعتبروا الشّكّ، بل قالوا بإلغائه والبناء على ما استيقنه.

وبناء على ذلك وقعت عندهم بعض فروعٍ فقهية ظاهرها التّناقض، لكن بالنّظر إلى الأصل الذي استصحبوها يزول هذا التّناقض في الظّاهر(١).

وطرد الجمهور: الحنفية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية القاعدةَ في الجملة، وقالوا: إنّ كلَّ مشكوك فيه مُلْغَى في الشّريعة، ويُجْعَل كالْمعدوم الذي يُجْزَم بعدمه، وقالوا في الجملة بإلغاء الشّكّ مطلقاً، واستصحاب الحال المتقدّمة سواء في الوسائل أم في المقاصد(٢).

تنبيهان:

الأوّل: قد يكون الشّكّ نفسه سبباً مؤثّراً؛ حيث إنّ الشّارع شرع الأحكام وشرع لها أسباباً، وجعل من جملة ما شرعه من الأسباب الشّكَّ،

---

(١) انظر: الذّخيرة ١/٢١٧-٢١٩، و٢/٢٩٤، والفروق ١/١١١، و٢٢٥-٢٢٧، و٢/١٦٣، وقواعد المقرّي ١/٢٨٧-٢٩٤، وشرح القلشاني ص ٨٢٨، ٨٣٠، ٨٣٢، ٨٨٠.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٥٦-٥٩، الفروق ١/١١١، و٢٢٦، والمهذّب ١/٢١٢، والمجموع ١/١٠٣، و١٠٧، والمنثور ٢/٣٦، وتقرير القواعد ص ٣٠٤، والمحلّى ٢/٧٩-٨٠.

فنصبه سبباً في عدّةٍ من الصّور؛ كما يجب السّجود على الشّاكّ في صلاته؛ فالسّبب ههنا معلومٌ وهو الشّكّ.

دليل ذلك كلّه قول الشّارع: «إذا شَكَّ أحدكم في صلاته فلم يدرِ أصلّى ثلاثاً أو أربعاً، فليأتِ بركعة ويسجد سجدتين يرغم بهما أنف الشّيطان»؛فرتّب الأحكامَ المذكورةً على الشّكّ،والتّرتيب دليل السّببية[١]. والذي انعقد الإجماع على إلغائه هو المشكوك فيه لا الشّكّ فلا يلتبس[٢].

التّنبيه الثّاني: أنّ الشّكّ في السّبب يمنع التّقرُّبَ ولا يتقرّر معه الحكم؛ فَالمواقيت الزّمنية والمكانية سببٌ لوجوب العبادة، فمَنْ شكَّ في دخول وقت عبادة فلا يقدم عليها؛ بل يستصحب الحال المتقدّمة[٣].

الشّكّ في فعل الْمأمورات:

المراد بالمأمورات هنا هو كلّ ما أمر الشّارعُ الْمُكَلَّفَ أن يأتِي بـه، ويشمل العبادات كلّها، وأركانَ كلّ العبادة، أو فرائضهَا. ولها صور:

الأولى: يشُكَّ في فعل عبادةٍ مَا؛ كما لو شَكَّ هل صلّى أم لا؟

فذهب الحنفية إلى إعمال الشّكّ إن كان في الوقت لا بعده. فَمَن شكَّ هل صلّى صلاةً أم لا أعادها في الوقت، وإن كان بعد خروج الوقت فلا إعادة[٤].

وذهب المالكية الشّافعية والحنابلة إلى إعمال الشّكّ مطلقاً هنا، وأنّه

---

(١) انظر: الفروق ١/٢٢٧.

(٢) انظر: الذّخيرة ١/٢١٩، والفروق ١/٢٢٥-٢٢٦، والمجموع ١/٨٨، و١٠٢، و١٠٦، والمنثور ٢/٣٦، ٣٩.

(٣) انظر: الفروق ١/٢٢٦، وأشباه السّيوطي ص ٩٧، والمغني ٣/٢٢٢.

(٤) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٥٩.

إذا شكَّ هل فَعَلَ أم لا؟ فالأصل أنّه لم يفعل، ويعتبر في ذلك يقين براءة الذّمّة، سواء في الفائتة أو الفوائت. فمَن شكَّ هل تطهّر أم لا؟ فإنّه يجب عليه أن يتطهّر. ومَنْ شكّ هل صلّى أم لا؟ فإنّه يجب عليه أن يصلّي. ومَن شكَّ هل صام أم لا؟ فإنّه يجب عليه أن يصوم. ومَن شكَّ هل أخرج الزّكاة أم لا؟ فإنّه يجب عليه إخراج الزّكاة(١).

وإمّا أن يشُكَّ في فعل ركنٍ من أركان العبادة أثنائها ؛ كما لو شَكَّ في تكبيرة الإحرام، أو قراءةٍ، أو ركوعٍ أو سجودٍ في الصّلاة.

فهذا لا يرفعه إلاّ اليقين؛ فإنّه يلغِي الشّكّ ويأتي بما شكّ فيه؛ لأنّه في عهدة الواجب حتّى يفعله، وحكمه حكم مَنْ لَمْ يأتِ به؛ لأنّ الأصل عدمه. فمَن شكَّ في تكبيرة الإحرام فهو كالمتيقّن لعدم التّكبير، ومَنْ شكَّ في العدد بنَى على اليقين(٢).

وأمّا إن كان بعد الفراغ:

فذهب الحنفية إلى أنّه لا شيءَ عليه.

---

(١) انظر: الفروق ٢٢٥/١، فرق: [٤٤]، وجامع الأمّهات ص ١٠٠، ومواهب الجليل ٢٩٨/٢-٢٩٩، والمجموع ١٠١/١، والمنثور ٣٦/٢، و٣٧، و٤٣، وأشباه السّيوطي ص ١٢٥-١٢٦، والمغني ١٦٠/١، وتقرير القواعد ص ٣٠٤، والإنصاف ٣١/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٧/١، و٤٧١.

(٢) وهذا لا خلاف فيه. انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٥/١، وأشباه ابن نجيم ص ٥٩-٦٠، و٧٢، والمنتَقى ١٧٣/١، والذّخيرة ٢٨٧/١، و١٧٦/٢، و٣١٩، وشرح القلشاني ص ٨٢٩-٨٣٠، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٤٣٦/١، و٢٩٣/٢، والخلاصة الفقهية ص ١٣٢، والمجموع ٢٦١/١، والمنثور ٢٦/٢، و٣٦، وأشباه السّيوطي ص ١٠٥، و١١٠، والمغني ١٦٠/١، و١٣٥/٢، و٤٣٦، و٦٩/٣، و١٢٠، والإنصاف ٢٥/٢، و١٤٦، و١٧/٤، وشرح منتهى الإرادات ٤٧٣/١.

ومنهم مَنْ فرَّق في هذا بين الصّلاة والحجّ؛ وقال يعيد ما شكّ فيه من أركان الحجّ مرّةً ثانيةً؛ لأنّ تكرار الرّكن والزّيادة عليه لا يفسد الحجّ، وزيادة الرّكعة تفسد الصّلاة، فكان التّحرّي في باب الصّلاة أحوط[١].

وللمالكية في ذلك قولان؛ قولٌ بأنّ الشّكّ يؤثّر، وقولٌ بعكسه. فمرّة قالوا في مسألة مَنْ طرأ له الشّكّ بعد السّلام: إنّ الشّكَّ مؤثّر على اليقين، ويوجب الرّجوع إلى الصّلاة، ومرّة قالوا: يلغي الشّكّ وصحّت صلاته[٢].

وذهب الشّافعية والحنابلة إلى عدم تأثير الشّكّ في الفعل بعد الفراغ منه[٣]، وهذا هو الأصحّ في نظري.

وأمّا لو شكّ في الوسائل أفعلها أم لا؟ فإنّه يلزمه فعلها ولو بعد الفراغ. فلو شكّ المكلّف في النّيّة، أو في الطّهارة هل توضّأ أم لا؟ بعد الصّلاة فإنّه يلزمه الوضوء وإعادة الصّلاة؛ لأنّ مَنْ شكَّ هل فعل أم لا؟ فالأصل أنّه لم يفعل[٤].

ومَنْ شَكَّ بعد الطّواف هل طاف مُتطهِّراً أم لا؟ فإنّه يتطهّر ويعيد الطّواف[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/٤٠٤-٤٠٥، وأشباه ابن نجيم ص ٥٩-٦٠.

(٢) انظر: المنتقى ١/١٧٣، والذّخيرة ٢/٣٠٤، و٣١٩، وشرح القلشاني ص ٨٣٠.

(٣) انظر: المجموع ١/١٠١، و٢٦١، و٢٨٠، و٤/٢٦٤، والمنثور ٢/٢٦-٢٨، و٤٩، والمغني ١/١٦٠، و٢/١٣٥، و٤٣٦-٤٣٧، و٣/٦٩، و١٢٠، و٥/٢٢٤، والإنصاف ٢/١٥٠.

(٤) انظر: الفروق ١/٢٢٥، فرق: [٤٤]، وجامع الأمّهات ص ١٠٠، والمجموع ١/١٠١، و٢٨٠، و٤/٢٦٤، و٦/٢٠٥، والمنثور ٢/٣٦، و٣٧، و٤٣، وأشباه السّيوطي ص ١٠٥، و١٢٥، والمغني ١/١٦٠،و٢/١٣٥، و٤٣٦-٤٣٧، و٣/٦٩، و١٢٠، و٥/٢٢٤، وتقرير القواعد ص ٣٠٤.

(٥) انظر: المجموع ١/٢٨٠، والمغني ٣/١٨٧، و٥/٢٢٤.

وأمّا الشّكّ في عدد العبادة؛ كَمَن شكَّ كَمْ صلَّى، أو كَمْ طَاف؟

فذهب الحنفية إلى أنّه إن كان أوّل مرّة و لم يصر الشّكّ عادّةً له استأنف، وإن كثُرَ تَحَرَّى، وإلاّ أخذَ بالأقلّ. هذا إذا شكَّ قبل الفراغ، وإن كان بعد الفراغ فلا شيء عليه(١).

وذهب الملكية والشّافعية والحنابلة إلى أنّه يُلْغِي الشّك ويبنِي على اليقين، وهو الأقل الذي تبرأ به ذمّته، وإن كان بعد الفراغ فغير مؤثِّرٍ(٢)، وهذا المذهب أرجح في نظري.

الشّكّ في السّبب، والشّرط والْمانع:

لا خلاف بين الفقهاء في:

أنّ الشّكّ في السّبب مؤثِّرٌ، فلا يُرتَّب الحكم على سببٍ مشكوك فيه. فإذا شككنا أزالت الشّمس أم لا؟ لا تجب صلاة الظّهر. وإذا شكّ أَطلّق أم لا؟ بقيت العصمة الزّوجية؛ فإنّ الطّلاق هو سبب زوال العصمة وقد شكّ فيه.

وأنّ الشّكّ في الشّرط مؤثِّر، فلا يُرتَّب الحكم على شرطٍ مشكوك فيه. فإذا شكّ المكلَّف في الطّهارة لا يقدم على العبادة.

وأنّ الشّكّ في الْمانع لا يؤثِّر، ولا يعتدّ به ويُرَتَّب الحكم مع وجوده؛ ويستصحب الأصل، وهو عدم وجود المانع. وإذا شُكَّ هل ارتدّ

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/٣٣٩-٣٤٠، و٤٠٣، وأشباه ابن نجيم ص ٥٩.

(٢) انظر: الذّخيرة ٢/٢٩٥، والفروق ١/١١-١١٢، و٢٢٥-٢٢٦، و٢/١٦٣-١٦٥، وشرح القلشاني ص ٨٢٩-٨٣٠، ومواهب الجليل ٤/١١١، والمجموع ١/٢٦١، والمنثور ٢/٢٦، و٣٦، والمغني ٣/٢٧٦ والإنصاف ٢/٢٥، و١٤٦، و١٤٩، و٤/١٧.

زيدٌ قبل وفاته أم لا؟ لا يلتفت إلى الشّكّ، بل يورث منه؛ استصحاباً للأصل؛ لأنّ الكفر مانع من الإرث وقد شُكَّ فيه[١].

مسألة: لا بأس في استعمال الورع للخروج عن الشّكّ، وهو تنْزيل الأمر على أسوأ الأحوال، وترك ما يريبه إلى ما لا يريبه. وهو ترك ما ليس به بأسٌ مخافةَ ما به بأسٌ؛ لأنّ الشّيء إمّا أن يكون أصله التّحريم، أو الإباحة، أو يشكّ فيه. مثال الأوّل: الصّيد؛ فإنّه يحرم أكله قبل ذكاته؛ فإذا شكَّ فيها لم يزل عن التّحريم إلاّ بيقين. ومثال الثّاني: الطّهارة إذا حصلت لا ترفع إلاّ بيقين. والثّالث ما لا يتحقّق أصله ويتردّد بين الحظر والإباحة فالأَوْلَى تركُهُ[٢].

يدلّ على ذلك قول النّبيّ ﷺ: «دَعْ مايَرِيبُكَ إلى ما لا يَرِيبُك»[٣].

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص٦١، و٦٣، والفروق ١/١١١-١١٢، و٢/١٦٤، وشرح القلشانِي ص ٨٨٢، والمنثور ٢/٢٨، وتكملة المجموع ١٨/٢٧٣، ومختصر الخرقي ١٠/٥١٤، والمغني ٢/٤٣٦، ٣/٢٢٢، و١٠/٥١٤.

(٢) قال ابن حجر في فتح الباري ٤/٣٤٣: «ريبة، وهي الشّكّ والتّردّد، والمعنى: إذا شككْتَ في شيءٍ فدَعْهُ، وتركُ ما يُشَكُّ فيه أصلٌ عظيمٌ في الورع... قال الخطابِي: كلّ ما شككت فيه فالورع اجتنابه».
انظر: الاستذكار ٥/٥٣٠، والبيان والتّحصيل ١/٥٠، و١٤٢، والموافقات ٤/١٠٩-١١٠، و١٤٠، و١٤٣، و١٤٦-١٥٢، والمهذّب ٣/٨٣، والمنثور ٢/٤٠، وفتح الباري ٤/٣٤٢-٣٤٣، والمغني ٧/٣٧٩، والإنصاف ٩/١٣٨.

(٣) أخرجه التّرمذي في سننه ٤/٥٧٦-٥٧٧، كتاب صفة القيامة والرّقائق والورع، برقم: (٢٥١٨)، والحاكم في المستدرك ٢/١٥، برقم: (٢١٦٩)، وقال التّرمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وانظر: ٤/٥٤٧ من سنن التّرمذي، حديث: (٢٤٥١). وقال الحاكم: «هذا حديثٌ صحيح الإسناد ولم يخرّجاه». وحسّنه النّووي في المجموع ١/٨٧، وصحّحه الألبانِي في إرواء الغليل (١٢)، والجامع =

من تطبيقات القاعدة:

بالنّظر إلى تعامل أهل العلم مع هذه القاعدة، يمكن تصنيف المسائل المفرَّعة عليها على النّحو التّالي:

النّوع الأوّل: مسائلُ متّفق على اندراجها تحت القاعدة، ومُتَّفق على حكمها معاً منها:

١-أنّ الماء إذا تغيّر وشُكَّ في الذي غيَّره هل هو ممّا يسلبه الطّهورية أو ممّا لا يسلبه الطّهورية، ولم يُرَ فيه أثرُ ميتة ولا جيفة؛ فالأصل بقاؤه على الطّهورية؛ لأنّ الشّكّ لا يوجب عملاً ولا يرفع العلم الموجب للعمل؛ ولأنّ الشّيءَ مَتَى شُكَّ في حكمه رُدَّ إلى أصله، والأصل في الماء الطّهارة والتّطهير[(١)].

٢-أنّ الشّكّ في النّجاسة لا يخلو إمّا أنْ تيقّن نَجاسةَ شيءٍ، وشَكَّ هل أصاب ذلك الشّيءُ النَجسُ ثوبَه أو لم يصبه؟؛ فإنّه يؤثّر الشّكّ ويجب عليه أن ينضحه؛ لأنّ النّضح طهارة ما شُكَّ فيه عند أهل العلم دفعاً للوسوَسَة[(٢)].

٣-إنْ تيقّن الإصابة وشكَّ في نجاسته فلا يؤثّر الشّكّ، ولا يجب عليه شيءٍ؛ لأنّ الاستقذار سببٌ، والإصابة شرطٌ، وتعلّق الحكم بسببه

=

الصّغير (٥٥٠٥، و٥٦٨٩)، ومشكاة المصابيح (٢٧٧٣)، وصحيح التّرغيب (١٧٣٧، ٢٩٣٠).

(١) انظر: البيان والتّحصيل ١/١٣٤، والذّخيرة ١/١٧١، ومواهب الجليل ١/٧٣-٧٤، والمهذّب ١/٣٤، والمجموع ١/٧٧، وأشباه السّيوطي ص ١٢١، والمغني ١/٢٦-٢٧، و٥٠.

(٢) انظر: الاستذكار ١/٣٣٢، والذّخيرة ١/١٧٦، و١٩١، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ١/٢٠٥، و٢٣٩، و٤٣٨، والمهذّب ١/٣٤، والمغني ١/٤٤، و٣٧، و٦٤.

أقوى من تعلّقه بشرطه؛ لأنّه يلزم من وجود السّبب وجود الحكم بخلاف الشّرط[١].

٤-إنْ شَكَّ في نجاسة المصيب وفي الإصابة معاً؛ فلا يؤثّر الشّكّ؛ لضعفه، ولا يجب عليه شيءٌ؛ كَمَن وجد بللاً وشَكَّ فيه، ولم يدرِ أَمِنَ الماء أم من البول، ومع ذلك شكّ هل أصاب أم لا؟ فليس عليه شيءٌ[٢].

٥-مَنْ تيقَّن الحدث، ثم شَكَّ بعد ذلك في طريان الطّهارة، فشكّ أتوضَّأ أم لا؟ فإنّ اليقين الثّابت في الزّمن الأوّل أنّه مُحْدِثٌ، فلا يلتفت إلى الشّكّ الطّارئ، فيلغِي الطّهارة المشكوك فيها[٣].

٦-مَنْ تيقَّن الحدث والطّهارة معاً، وحصل الشّكُّ منه في السّابق منهما، فإنّه يبنِي على الحالة التي كانت قبلها، فهو الآن على ضدّها. مثاله: لو علم إنسانٌ أنّه كان قبل الفجر محدثاً، وبعد الفجر متطهِّراً، فاجتمع له بعد الفجر أنّه توضّأ وأحدث، ولم يتحقّق أيَّهما أسبق، وأراد صلاة الصّبح، قيل له على إلغاء الشّكّ: أنت الآن متطهِّرٌ؛ وذلك لأنّ الحدث المتيَقّن قبل الفجر قد رفعه الطّهر المتيقّن بعد الفجر، والحدث

(١) انظر: الاستذكار ٣٣٢/١، والذّخيرة ١٧٦/١، و١٩١، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٤٣/١، والمهذّب ٣٤/١، والمغني ٣٣/١، و٣٧، و٤٢-٤٣.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٧٢، الاستذكار ٣٣/١، والذّخيرة ١٩١/١، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٤٤/١، ٤٣٦، و٤٥٥، والمهذّب ٣٤/١، والمنثور ٤٥/٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٠/١، وأشباه ابن نجيم ص ٦١، وعارضة الأحوذي ٩٩/١-١٠٠، والذّخيرة٢١٧/١-٢١٩، الفروق٢١٥/١-٢١٧، و١٦٣/٢، والمجموع ١٨٢/١، والمنثور ٤٩/٢-٥١،والمجموع ١٨٢/١، والمنثور ٤٩/٢-٥١، وفتح الباري ٢٨٦/١-٢٨٧، والمغني٢٦٢/١، وتقرير القواعد ص ٣٠٤، والإنصاف ٤٤٠/١، و١٨/٢، و٢٦، وشرح المنظومة السّعدية ص ٧٧.

الذي كان معه بعد الفجر لا يعلم هل هو قبل الطّهارة المتيقّنة أو بعدها، فيلغي الشّكّ، ويبني على اليقين من الطّهارة.

ولو علم أنّه كان قبل الفجر متطهّراً قيل له: أنت الآن على حدث؛ لأنّ ذلك الطّهر المتيقّن قبل الفجر قد ارتفع بالحدث المتيقّن بعده(١).

٧-أنّ مَنْ شَكَّ في دخول وقت الصّلاة؛ فإنّ الشّكّ مؤثّر؛ فلا يصلّي، وليجتهد، ويؤخّرها حتّى يتحقّق أو يغلب على ظنّه دخوله؛ لأنّ دخول الوقت شرطٌ في جواز إيقاع الصّلاة؛ فلا يصحّ إيقاعها إلاّ بعد تحقّقه بحيث لا يتردّد فيها؛ فيوقعها بعلمٍ أو بظنٍّ يُنَزَّلُ منْزلة العلم(٢).

٨-ومَن تيقّن دخول الوقت وشكّ في خروجه فالأصل بقاؤه. فلو أحرم بالجمعة في الوقت، ثم شكَّ أَخَرج الوقت أم لا؟ أتّم الجمعة؛ لأنّ الأصل بقاء الوقت، وصحّة الفرض، ولا تبطل بالشّكّ(٣).

٩-الْمسبوق إذا شكّ في إدراك الرّكعة لم يعتدّ بها؛ لأنّه مطالب بيقين براءة الذّمّة(٤).

١٠-أنّه مَنْ تيقّن الفعلَ وشكَّ في القليل والكثير حمل على القليل؛ لأنّه المتيقّن. بناء على ذلك:

---

(١) انظر: عارضة الأحوذي ١٠٢/١، والذّخيرة ٢١٧/١-٢١٩، والتّاج والإكليل ٤٣٨/١، وأشباه السّيوطي ص ١٢٠، والمغني ٢٦٣/١-٢٦٤.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٣، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٤٣/٢، والخلاصة الفقهية ص ٨٢-٨٣، والمجموع٢٦٤/٤، وأشباه السّيوطي ص٩٧، والمغني ٣٠/٢-٣١، ٢٢٢/٣، و٧٩/٣.

(٣) انظر: المهذّب ٣٦١/١، والمجموع ٢٦٤/٤.

(٤) انظر: جامع الأمّهات ص ١١٢، والذّخيرة ٢٧٤/٢، والمغني ١٨٩/٣.

فإذا تيقّن أنّه ترك ركناً وأشكل عليه ذلك الرّكن، لا يدري أنّه القراءة أو الرّكوع أو الاعتدال فإنّه يأخذ بأسوأ الأحوال، ويرجع إلى القراءة(١).

١١-مَن شَكَّ في صلاته هل سها أم لا؟ فلا شيءَ عليه والشّكّ لغو(٢).

١٢-أنّ الشّكَّ في طلوع الفجر في الصّيام لا يؤثّر، فله أن يأكل حتّى يتيقّن خروج اللّيل بطلوع الفجر.فلو أكل وهو شاكٌّ لا يحكم عليه بوجوب القضاء؛لأنّ فساد الصّوم مشكوكٌ فيه لوقوع الشّكّ في طلوع الفجر، مع أنّ الأصل هو بقاء اللّيل فتستصحب الحال المتقدّمة،فلا يثبت النّهار بالشّكّ؛قال تعالى: ﴿**وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ**﴾(٣)، فلم يمنعهم من الأكل حتّى يستبينَ لهم الفجرُ، إلاّ أنّه يُكْرَهُ له الأكل مع الشّكّ في طلوع الفجر، أو غروب الشّمس، والمستحبّ ترك الأكل(٤).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/٤٠٤-٤٠٥، والمنثور ٣٨، وأشباه السّيوطي ص ١٢٥-١٢٧، والإنصاف ٢/١٤٨، و١٥٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/٤٠٠، و٤٠٥، والفروق ١/٢٢٦-٢٢٧، و٢/١٦٣.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

(٤) هذا مذهب الحنفية وقول بعض المالكية؛ كابن حبيب.
وذهب المالكية إلى أنّه يحرم عليه الأكل، وإن أكل فعليه القضاء.
وذهب الشّافعية إلى أنّه لا يأكل إذا شكّ فإن أكل فلا شيء عليه.
وذهب الحنابلة والظّاهرية إلى أنّه لا يكره له الأكل والشّرب مع الشّكّ في طلوع الفجر.
وأمّا الجماع؛ فإنّه يكره له، ولا يستحبّ تأخيره عند الجميع.
انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٦٦-٢٦٧، والرّسالة ص ١٦٠، والاستذكار ٢/١٢١، و٣/٢٢٧-٢٢٨، والتّلقين ص ١٧٥، وجامع الأمّهات ص ١٧٣، والذّخيرة ٢/٥٠١-٥٠٢، والفروق ١/١١١، وشرح ابن ناجي على الرّسالة ١/٢٩٣،
=

١٣-أنَّ الشّكَّ في غروب الشّمس يؤثِّر. فليس له أن يفطر، بل يجب عليه أن يستمرّ على يقين النّهار، فلو أكل ثم علم أنّها كانت غائبةً فلا شيءَ عليه، وإن علم أنّها لم تغب فعليه القضاء[1].

والفرق بين هذا وبين الشّكّ في طلوع الفجر؛ أنّ في طلوع الفجر اللّيل أصلٌ فلا يثبت النّهار بالشّكّ، فلا يبطل اللّيل المتيقّن به بالنّهار المشكوك فيه، وفي الغروب النّهار أصلٌ فلا يثبت اللّيل بالشّكّ[2].

١٤-مَنْ أكَلَ وأَغْلَبُ ظَنِّه طلوعُ الفجر فعليه القضاء، ولازم أصل المالكية أنّ عليه الكفّارة أيضاً؛ لانتهاكه حرمة شهر رمضان[3].

١٥-مَن أكل وأَغْلَبُ ظَنِّه غروبُ الشّمس فلا قضاء عليه،وإن كان غالب ظنّه أنّها لم تغرب فلا شكّ في وجوب القضاء عليه؛لأنّه انضاف إلى غلبة الظّنّ حكم الأصل وهو بقاء النّهار، فوقع إفطاره في النّهار فيلزمه القضاء. وعليه أيضاً الكفّارة عند المالكية وقول للحنفية[4].

=

والمواهب الجليل والتّاج والإكليل ٣/٣٥١، ومختصر المزني ص ٨٤، والمنثور ٢/٣٤، وأشباه السّيوطي ص ١٢١، ومختصر الخرقي ٤/٣٨٩، والمغني ٤/٣٩٠-٣٩١، و٤٣٢-٤٣٤، والإنصاف ٣/٣١٠، و٣٣٠، والمحلّى ٦/٢٣٢-٢٣٤.

(١) هذا بلا خلاف. انظر: بدائع الصّنائع٢/٢٦٨، وجامع الأمّهات ص١٧٤، والذّخيرة ٢/٥٠١-٥٠٢، والفروق ٢/١٦٤، وشرح ابن ناجي على الرّسالة ١/٢٩٣، ومختصر المزني ص ٨٤، والمنثور ٢/٣٤، وأشباه السّيوطي ص ١٢١، والمغني ٤/٣٩١، وتقرير القواعد ص٣٠٤، والإنصاف٣/٣١٠.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٦٨، والمغني٤/٤٣٢-٤٣٤،وتقرير القواعد ص٣٠٤، والمراجع السّابقة.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٦٨، والفروق ٢/١٦٤، وتقرير القواعد ص ٣٠٤،

=

١٦-مَن شَكَّ: هل أحرم بإفراد أو قران؟ بنَى على اليقين وهو هنا الأحوط، وهو القران، وإنْ شكّ هل أحرم بحجٍّ أو بعمرةٍ، بنَى على اليقين، وهو الحجّ[١].

١٧-مَنْ شَكَّ في طوافه بعد أن ركع ركعتَيِ الطّواف، فَلْيَعُدْ، فلْيُتَمِّمْ طوافَهُ على اليقين، ثُمَّ لِيُعِدِ الرّكعتين؛ لأنّه لا صلاة لطوافٍ إلاّ بعد إكمال السّبع[٢].

١٨-إذاتيقّن النّكاح وشكّ في الطّلاق كان على النّكاح الْمُتَقَدِّم إلى أن يتيقّن الطّلاق[٣].

١٩-اليقين أنّه لا يجوز وطء الأجنبية،فإذا شكّ الرّجلُ أأجرَى عقد النّكاح عليها أم لا؟ فالأصل أنّ الأجنبية محرَّمةٌ ولا يجوز وطؤها؛ لأنّ الأصل في الأبضاع التّحريم[٤].

=

والمراجع السّابقة.

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٦٠، وجامع الأمّهات ص ١٩٠، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٤/٦٥-٦٧، والمنثور ٢/٣٦، وأشباه السّيوطي ص ١٢٧.

(٢) حكَى ابن عبد البرّ الإجماع عليه في الاستذكار ٣/٥٠٤؛ حيث قال: فهذا ما لا خلاف فيه بين العلماء؛ أنّ مَنْ شَكَّ في طوافه يَلْزَمُهُ البناء فيه على الأقلّ، إلاّ المستنكح؛ فإنّه يلهو عند المالكية. وانظر: أشباه ابن نجيم ص ٦٠، ومواهب الجليل ٤/١١١، والخلاصة الفقهية ص ٢٨٢.

(٣) انظر: معالم السّنن١/١٢٢، وبدائع الصّنائع٣/١٩٩، وجامع الأمّهات ص٣٠١، والذّخيرة ٢/٢٩٤، والفروق ١/١١١-١١٢، و٢/١٦٤، وشرح القلشاني ص ٨٨٢، ومختصر المزني ص ١٦٨، والمهذّب ٣/٨٣، والمنثور ٢/٢٨، ومنتهى الإرادات ٢/١٧٦، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤٩٨.

(٤) انظر: المجموع ١/١٠٢، و٧/٢٠٧، والمنظومة السّعدية ص ٨١، ق: [٢٠-٢١]،

=

النّوع الثّاني: مسائلُ متّفق على اندراجها تحت القاعدة، ومُختلف في حكمها منها:

٢٠-إذا كان الإنسانُ متطهِّراً، ثم شكَّ بعد في طريان الحدَث. هنا الجميع مُتّفقون على أنّ الحدَث المشكوك فيه مُلغَى، وأنّ المعمولَ به هو استصحاب الأصل. لكن أيَّ الأصل يُستَصحَب؟

فذهب الجمهور: الحنفية والشّافعية والحنابلة إلى استصحاب أصل الطّهارة، وأنّه مُتطَهِّرٌ؛ لأنّ اليقين الثّابت في الزّمان الأوّل لا يُزَالُ بالشّكّ الطّارئ، فيبقى على الطّهارة المتيقّنة، والحدَث المشكوك فيه مُلْغَى طرداً للقاعدة[1].

=

وشرحها ص ٧٧ و٨١-٨٢.

(١) ووافقهم المالكية في بعض صور منها:

١- المستنكح -أي: المسوس-؛ فحكمه أن يلهُوَ عنه الشّكّ ويرجع إلى الأصل، ويبني على أوّل خاطريه؛ لأنّ الاستنكاح محنةٌ وبليّةٌ ودواء ذلك الإلهاء عنه؛ وإلهاؤه عنه أنّه إذا قال له: ثلاثاً صلّيتَ أم أربعاً؟ فيقول له: أربعاً، وإن قال له: صلّيتَ أم ما صلّيتَ؟ فيقول له: صلّيتُ، وهكذا.

٢- وكذا في الذي يتخيّل له الشّيءُ أثناء الصّلاة لا يدري هل هو حدث أو غيره؟ فلا شيء عليه.

انظر: بدائع الصّنائع ١/١٤٠، وأشباه ابن نجيم ص ٦١، والتّهذيب ١/١٨١، والمنتقَى ١/٨١، و٥٤، والمقدّمات١/٢٠١،والبيان والتّحصيل١/٣٤٢،وعارضة الأحوذي١/١٠٠،وعقد الجواهر ١/٤٨-٤٩، و٥٤، وجامع الأمّهات ص ٥٨، والذّخيرة ١/٢١٧-٢١٩، والقواعد للمقرّي ١/٢٨٧-٢٨٨،وشرح القلشاني ص ٨٣٤-٨٣٥، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ١/٤٣٦-٤٣٨، و٢/٢٩٢-٢٩٤، و٤/١١١، والمهذّب ١/٩٣، و٣/٨٣، والمجموع٢/٥٤-٥٥، والمنثور ٢/٤٩-٥١،وفتح الباري ١/٢٨٦-٢٨٧، والمغني ١/٢٦٢، وتقرير القواعد ص

=

وذهب المالكية إلى استصحاب أصل شغل الذّمة بالصّلاة، وبراءة الذّمة من الواجب تتوقّف على سبب مبرئ إجماعاً، وأنّ الشّكّ في الشّرط يوجبُ الشّكّ في المشروط ضرورةً؛ فالشّكّ في الطّهارة يوجبُ الشّكّ في الصّلاة ضرورةً.

يلاحظ أن المالكية اعتبروا المشكوك فيه على خلاف القاعدة، كما أنّ الجمهور –أيضاً– خالفوا القاعدة واعتبروا المشكوك فيه.

وجه ذلك: أنّ قول الجمهور بطرح الشّكّ والعمل بالطّهارة السّابقة، يَجعلُ الصّلاةَ الواقعةَ بتلك الطّهارة مشكوكًا فيها، مع أنّهم اعتبروا تلك الصّلاة، ولم يصيّروه كالمحقّق العدم، وهو خلاف القاعدة المتفّق عليها.

وعلى قول المالكية فإنّهم اعتبروا الحدَث المشكوك فيه، ولم يصيّروها كالمحقّق العدم، وهو خلاف القاعدة المجمع عليها.

بهذا يتبيّن أنّ كلا الفريقين قد خالف القاعدة بوجهٍ من الوجوه. وأنّ هذا الفرع لا يساعد على إعمالها ولا اعتبارها من جميع الوجوه، بل لا بدّ من مخالفتها في بعض الوجوه. فالمالكية خالفوها في الحدَث، والجمهور خالفوها في الصّلاة التي هي سبب براءة الذّمة[1].

والذي يترجّح لدَي في هذه المسألة هو القول بوجوب الطّهارة. لما يأتي:

أوّلاً: تكافؤ أدلّة الفريقين، وهي عموم الأدلّة السّابقة الدّالة على

=

٣٠٤، والإنصاف ١/٤٤٠، و٢/١٨.

(١) انظر: الفروق ١/١١١-١١٣، و٢٢٥-٢٢٧، و٢/١٦٣-١٦٤، والمجموع ١/٢٦١، وفتح الباري ١/٢٨٧.

إعمالها في الجملة.

ثانياً: لما تقدّم أنّه لا بدّ من مخالفة القاعدة في هذه المسألة، فينظر في أية المخالفة أضعف وأهون وأخفّ فتُرتكَب. وبالنّظر فإنّ الطّهارة من باب الوسائل، والصّلاة من باب المقاصد، وانعقد الإجماع على أنّ الوسائل أخفض رتبةً من المقاصد؛ فكانت العناية بالصّلاة وإلغاء المشكوك فيه وهو السّبب المبرئ للذّمة أولَى من رعاية الطّهارة وإلغاء الحدث المشكوك فيه[1].

ثالثاً: ولأنّ القول بالوجوب موجِب حكماً، والآخر رافعه، والموجِب مرجَّحٌ عند كثيرٍ من العلماء على الرّافع[2].

والعلم عند الله، وله الحمد والمنّة، وبه التّوفيق والعصمة.

٢١-إن تيقّن الرّجلُ أنّه طلّق زوجَته، وشَكَّ: أَطلّق ثلاثاً أم واحدةً؟

هنا الشّكُّ وقع في حصول المانع، وهم متّفقون على أنّ كلّ مشكوكٍ فيه مُلْغَى في الشّريعة، وأنّ المعمول به اليقين.

---

(١) قال ابن حجر نقلاً عن العراقي في فتح الباري ١/٢٨٧: «ما ذهب إليه مالك راجحٌ؛ لأنّه احتاط للصّلاة وهي مقصدٌ، وألغَى الشَّكَّ في السّبب المبرئ، وغيره احتاط للطّهارة وهي وسيلةٌ، وألغَى الشّكّ في الحدَث النّاقض لها، والاحتياط للمقاصد أولى من الاحتياط للوسائل». وهو قول الحسن البصري.
قال ابن حجر معقّباً على كلامه في فتح الباري١/٢٨٧: «وجوابه: أنّ ذلك من حيث النّظر قويٌّ، لكنّه مغايرٌ لمدلول الحديث؛ لأنّه أمر بعدم الانصراف إلى أن يتحقّق». وانظر:المجموع١/٢٦١، و٢٧٨، والمغني ١/١٢٦.
هذا ينتَقض بما تقرّر أنّ كلا الفريقين خالف القاعدة، وبقي القول بارتكاب أخفّ المخالفتين. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/١٥٦، ونثر الورود ص ٦٠٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٨٧.

فذهب الجمهور: الحنفية والشّافعية والحنابلة إلى اعتبار اليقين وهو النّكاح المتيقَّن في الزّمان الأوّل، وطرح الشّكّ الطّارئ، وهو الثّلاث التّطليقات[١].

وذهب المالكية وبعض الحنابلة[٢] إلى اعتبار اليقين الأوّل، وهو أنّ الأصل تحريم وطء الأجنبية، فلا نزيل هذا الأصل المتيقَّن بنكاحٍ مشكوكٍ في بقائه، فنحكم بأنّها ثلاث تطليقات؛ لأنّ الرّجعة شرطها العصمة، ونحن نشكّ في بقائها فيكون هذا الشّرط ملغًى على هذه القاعدة[٣].

وهذا الذي قالوه وجيهٌ. وذلك لما يأتي:

أ- أنّ الأصل في الأبضاع التّحريم[٤]، ولا ينتقل منه إلاّ بناقلٍ متيقَّنٍ؛ وقد شكّ في النّاقل عن هذا الأصل وهو بقاء النّكاح؛ ؛ فلا يزول اليقين بالشّكّ. والأبضاع يطلق على ثلاثة معانٍ:

الأوّل: الفروج؛ ولا شكّ أنّ الأصل فيها التّحريم. قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٩٩/٣، وأشباه ابن نجيم ص ٦١، والمهذّب ٨٣/٣، المجموع ١٠٣/١، ومختصر الخرقي ٣٧٩/٧، والمغني ٣٧٩/٧، والإنصاف ١٣٨/٩-١٤٠، ومنتهى الإرادات ١٧٦/٢، وشرح منتهى الإرادات ٤٩٨/٥-٤٩٩، وتقرير القواعد مع نيل الأرب ص ٣٠٨، هامش: (١)، وشرح المنظومة السّعدية ص ٧٧.

(٢) كالخرقي في مختصره ٥١٤/١٠-٥١٥، وهو ظاهر قول ابن قدامة في المغني ٥١٥/١٠-٥١٦.

(٣) انظر: جامع الأمّهات ص ٣٠١، والذّخيرة ٢٩٤/٢، والفروق ٢٢٦/١-٢٢٧، و١٦٣/٢-١٦٤، ومختصر خليل ص ١٤١، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٣٨١/٥، ومختصر الخرقي ٥١٤/١٠، والمغني ٥١٥/١٠، وتقرير القواعد ص ٣٠٨، ونيل الأرب ص ٣٠٨، هامش (١)، والمحلّى ٨٠/٢.

(٤) انظر: أشباه ابن نجيم ص٦٧، والمنثور ٨٧/١، وأشباه السّيوطي ص١٣٥، والمنظومة السّعدية ص ٨١.

(٥) سورة المؤمنين، الآيات: ٥-٧، وسورة المعارج، الآيات: ٢٩-٣١. وانظر: تفسير =

وقوله ﷺ : «فاتّقوا الله في النّساء؛ فإنّكم أخذْتُموهنَّ بأمَان الله، واسْتَحْلَلْتُم فُرُوجَهُنَّ بكلمة الله»[١]؛ فدلّ على أنّ الأصل في النّساء تحريم الفروج حتّى يأتِيَ أمرٌ يحلُّها، والمراد بكلمة الله على الصّحيح عقد النّكاح. بناء على هذا؛ فإنّه لا يجوز وطء امرأةٍ بوجود مُجرّد الشّك في جواز وطئها أو وجود الشّبهة فيها[٢].

الإطلاق الثّاني: الجماع، وهو لازم للفرج، وقد تقرّر أنّ الأصل في الفروج التّحريم وكذلك في الجماع.

الإطلاق الثّالث: عقد النّكاح. فقد ذهب بعض[٣] أهل العلم إلى أنّ الأصل في عقد النّكاح التّحريم.

ب- ولأنّ الخطأ في تفويت المباح عليه أخفّ من الخطأ في إيقاعه في المحرّم.

ت- أمّا قول الجمهور بأنّ المتقرَّر عند الشّكّ في الأعداد البناء على اليقين،وهو الأقل،فليس على الإطلاق. فقد يكون العدد الأكثر هو اليقين الذي تبرأ به ذمّة المكلّف. كما لو نسي عدد الفوائت عليه، هل ثلاث صلوات أم أربع، أم خمس؛ فإنّه يصلّي خمساً، ولم يقل أحدٌ بأنّه يصلّي ثلاثاً؛ وذلك لأنّ الخمس هي الأحوط والأبرأ لذمّته، وكذا هنا.

=

القرطبي١٢/٩٧-٩٩.

(١) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه. أخرجه مسلم في صحيح ٨٨٩/٢، كتاب الحجّ، باب حجّة النّبيّ ﷺ ، برقم: (١٤٧/ ١٢١٨).

(٢) انظر: وشرح النّووي على مسلم ٤١٢/٨-٤١٣، والمنظومة السّعدية ص ٨١.

(٣) كالسّيوطي في أشباهه ص ١٣٦. والصّحيح أنّ الأصل في عقد النّكاح الجواز والحلّ حتّى يأتِي دليلٌ على التّحريم. انظر: شرح المنظومة السّعدية ص ٨١-٨٢.

ث- ولأنّ المتقرَّر أنّه إذا تقابل في المرأة حلّ وحرمةٌ غُلبَت الحرمة، ولهذا كانت موانع النّكاح تمنع في الابتداء والدّوام لاعتضادها بهذا الأصل(١).

ج- ولأنّ القول بالوجوب موجِب حكماً، والآخر رافعه، والموجِب مرجَّحٌ عند كثيرٍ من العلماء على الرّافع(٢).

بناءً على هذا؛ فإنّ الذي يترجّح في نظري هو القول باعتبار ثلاث تطليقات، لأنّه أحوط هنا؛ فلا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره. والله أعلم بالصّواب.

النّوع الثّالث: الشّكّ في ابتداء المدّة أو انقضائها:

متَى ما شكَّ الإنسان في ابتداء المدة أو انقضائها فإنّه يبنِي على اليقين وهو الأخذ بالأشد(٣). بناءً على ذلك:

٢٢-إنْ شكّ هل مسح في الحضر أو في السّفر؟ بنَى الأمر على أنّه مسح في الحضر؛ لأنّ الأصل غَسل الرّجلين، والمسح رخصة بشرط، وإذا لم يتيقّن شرط الرّخصة رجع إلى أصل الفرض وهو الغَسل(٤).

٢٣-لو شكَّ لابس الخفّ هل أحدث في وقت الظّهر أو في وقت العصر؟ بنَى الأمر على أنّه أحدث في وقت الظّهر؛لأنّ الأصل غَسل الرّجلين فلا يجوز المسح إلاّفيما تيقّنه(٥).

---

(١) انظر: المهذّب ١/٦٨٢، والمنثور ١/٨٧.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/١٥٦، ونثر الورود ص ٦٠٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٨٧.

(٣) انظر: المجموع ١/٢٧٧، والمغنِي ١/٣٧١، والإنصاف ١/١٧٨.

(٤) انظر: المهذّب ١/٧٦، والمجموع ١/٢٧٧-٢٧٨، و٢٨٨، والمغنِي ١/٣٧١، والإنصاف ١/١٧٨.

(٥) انظر: المهذّب ١/٧٦، والمجموع ١/٢٧٧-٢٧٨، و٢٨٨، والمغنِي ١/٣٧١.

النّوع الرّابع: إذا أوقع المكلّف العبادة أو المعاملة أو غيرها، وهو شاكٌّ في حصول شرط صحّتها ثم بان صوابه، أتُجزيه أم لا؟

هي على ضربين:

الضّرب الأوّل: أن تكون ممّا تجب فيه النّية الجازمة، أو تُبنَى على الاحتياط فلا يصحّ إيقاعها بهذا التّردّد؛ لأجل اشتراط الجزم بالنّية. من أمثلتها:

٢٤-مَنِ اجتهد في ماءين وغلب على ظنّه طهارة أحدهما، ثم تيقّن أنّ الذي توضّأ به كان نجساً غسل ما أصاب منه، وأعاد الصّلاة(١).

٢٥-إذا تيقّن الإنسان الطّهارة وشكَّ في الحدث، وتوضّأ احتياطاً، ثم بان حدثه، لا تجزؤه الطّهارة؛ لعدم الجزم بالنّيّة؛ لأنّ التردّد في النّية مانعٌ من الصّحّة في غير الضّرورة(٢).

بخلاف ما لو تيقّن الحدث وشكّ في الطّهارة هل توضّأ أم لا؟

---

(١) انظر: البيان والتّحصيل ١/١٤٢، والمهذّب ١/٣٨، و٢٣٣، والمجموع ١/١٠٣، و١٨٢، و٢٧٨، و٣/١٧٢-١٧٣، والمنثور ٢/٣٢، و٣٥، و٣٩، وأشباه السّيوطي ص ٩٨، و١٠١، والمغني ١/٨٠، وتقرير القواعد ص٣٠٤، ق: [٦٨]، والإنصاف ٢/٢٥، و١٤٨، وشرح منتهى الإرادات ١/٣٥٧، و٤٧١.

(٢) هذا عند المالكية والمختار عند الشّافعية والحنابلة في قول.
وذهب الحنفية بناءً على أصلهم عدم اشتراط النّيّة في الطّهارة، وبعض الشّافعية والحنابلة إلى أنّه تجزؤه.
انظر: جامع الأمّهات ص ٤٧، والذّخيرة ١/٢٤٦، و٢/١٧٦، وقواعد المقرّي ٢/٤٢٢، ب: [١٧٥]، وشرح القلشاني ص ٥٣١، ومواهب الجليل ١/٤٤١، والخلاصة الفقهية ص ٣٨، المجموع١/١٨٢، و٢٧٧، و٦/٢٠٦، والمنثور٢/٣٥، وأشباه السّيوطي ص ١٠١، و١٠٨، والمغني ١/٢٦٢-٢٦٤، و٢/١٣٣-١٣٤، وتقرير القواعد ص ٣٠٥ مع نيل الأرب هامش: (٢).

فتوضّأ شاكّاً ثم بان أنّه كان محدثاً؛ فإنّه يصحّ وضوؤه بلا خلاف؛ لأنّ الأصل بقاء الحدث والطّهارة واقعةٌ بسبب الحدث(١).

٢٦-لو صلّى شاكّاً في دخول الوقت ثم بان دخوله لا تصحّ صلاته(٢).

٢٧-لو توضّأ بالإناء المشتبه من غير اجتهادٍ، ثم تبيّن أنّ الذي توضّأ به كان طاهراً لم يصحّ وضوؤه(٣).

٢٨-إذا نوَى ليلةَ الشَّكِّ إن كان غداً من رمضان، فهو فرضِي وإلاّ فهو نفل، فلا يجزئه عن رمضان إن صادفه؛ للتّردّد وعدم الجزم بتعيين النّيّة؛ لأنّ الأصل بقاء شعبان،ولم يبن على أصلٍ مستصحب يجوز الصّيام فيه؛كالظّنّ الغالب، والأصل أنّ التّردّد في النّية مانعٌ من الصّحّة في غير الضّرورة.

أمّا لو كان على أصلٍ مستصحب يجوز فيه الصّيام؛ فإنّه يصحّ صيامه؛ كما لو نوى ليلة الثّلاثين من رمضان: إن كان غداً من رمضان فأنا صائمٌ وإلاّ فأنا مُفطرٌ؛ لأنّ الأصل بقاء رمضان(٤).

---

(١) انظر: المجموع ١/١٨٢، و٢٧٧، والإنصاف ٢/١٨، ٢٥.

(٢) انظر: المجموع ١/١٠٣، و٢٧٧-٢٧٨، والمنثور ٢/٣٢، وأشباه السّيوطي ص ٩٧، وتقرير القواعد ص ٣٠٤-٣٠٥، والإنصاف ١/٤٤٠، و٢/١٨، ونيل الأرب ص ٣٠٤، هامش (١، ٢).

(٣) انظر: المنثور ٢/٣٢، وتقرير القواعد ص ٣٠٥، ونيل الأرب ص ٣٠٤، هامش (١، و٢).

(٤) والمختار عند بعض الحنفية والشّافعية والحنابلة في رواية هي المذهب أنّه يجزؤه.
انظر: المواهب الجليل والتّاج والإكليل ٣/٢٩٧-٢٩٩، المهذّب ١/٥٨٣، والمجموع ١/٢٧٨، و٦/٢٠١-٢٠٣، والمنثور ٢/٣٤، وأشباه ابن نجيم ص ٣٦، وأشباه السّيوطي ص ١٠١، والمغني ٣/٦-٧، وتقرير القواعد ص ٣٠٦.

الضّرب الثّانِي: ما لا يحتاج إلى نيةٍ جازمةٍ؛ فالصّحيح فيه الصّحّة[(١)]. منها:

٢٩-لو كان له مالٌ حاضرٌ وغائبٌ، فأدّى زكاةً ونوَى أنّها عن الغائب إن كان سالماً، وإلاّ فتطوّع، فبان سالماً أجزأه[(٢)].

٣٠-رجلٌ مفقودٌ، فَضُرِبَ له أربع سنوات، إن لم يأتِ في هذه المدّة فأمواله تُقْسَمُ، وزوجته تتزوّج،فَزُوِّجَتْ زوجتُهُ بعد مضي سنتين من بداية الأجل،ثم تبيّن أنّ زوجها قد مات قبل أن تتزوّج؛ فالزّواج صحيح؛ لأنّه كان من امرأة ليس لها زوجٌ[(٣)].

٣١-مَنْ شَكَّ في طلوع الفجر فله الأكلُ؛ فإن بان أنّه أكل من قبل الفجر فلا شيء عليه، وإن بان أنّه أكل بعده أعاد[(٤)].

وإن شَكَّ في غيبوتة الشّمس لم يأكل؛ فإن أكل فعلم أنّها كانت غائبةً فلا شيءَ عليه، وإن علم أنّها لم تغب أعاد[(٥)].

٣٢-مَنْ ظَنَّ أنّ عليه دَيْناً فأعطى غيره قدر الدَّين، وقال: إن كان عليه دَينٌ فهذا من قِبَلِ الدَّين، وإن لم يكن فهو تبرّعٌ وهبةٌ، ثم تبيّن أنّه كان عليه دَيْنٌ يقع محسوباً؛ لعدم اشتراط النّية الجازمة[(٦)].

---

(١) انظر: المنثور ١/٢٧٨، والمنثور ٢/٣٣، وتقرير القواعد ص ٣٠٦.

(٢) انظر:المنثور٢/٣٨-٣٩،وأشباه السّيوطي ص٩٨،و١٠١،وتقرير القواعد ص٣٠٥.

(٣) هذا لا يأتِي عند الحنفية؛ لأنّ المفقود عندهم لا يرث ولا يورث. انظر: أشباه ابن نجيم ص ٧٤، والمنثور ٢/٣٤، ونيل الأرب وتقرير القواعد ص ٣٠٦، هامش (٣).

(٤) انظر: المنثور ٢/٣٤، وأشباه السّيوطي ص ١٢١، والمغنِي ٣/٣٥، والإنصاف ٣/٣١٠، والمحلّى ٦/٢٣٢-٢٣٣.

(٥) انظر: المنثور ٢/٣٤، والمغنِي ٣/٣٥.

(٦) انظر: المنثور ٢/٣٥، و٣٨، وأشباه السّيوطي ص ١٢٧.

هذا كلّه ما لم يكنِ الشّكّ غلبة ظنٍّ يكفي مثله في إيقاع العبادة أو العقد؛ كغلبة الظّنّ بدخول الوقت، وطهارة الماء، والثّوب ونحو ذلك[١].

٣٣-إذا شُكَّ في حياة الوارث، أو في موت المورث فلا يرث أحدٌ أحداً بالشّكّ في حياته أو موته. وهذا مجمع عليه[٢].

٣٤-لو عَيَّنَ الورثة موت أحدهما وشَكُّوا أمات الآخر قبله، أم بعده، وَرِثَ مَنْ شُكَّ في وقت موته من الآخر لأن الأصل بقاؤه[٣].

٣٥-أنَّ ما لا يشترط له تعيين النّية لا يضرّ الشّكّ فيه. ينبني على ذلك:

لو صلّى إنسانٌ ركعتين من الظّهر، ثم ظنَّ في الثّالثة مثلاً أنّها العصر، ثم تذكّر في الرّابعة؛ فإنّ ظهره صحيحة؛ لأنّ الظّنّ الحادث لا يخرجه عن كونه في صلاته[٤].

لو سجد في الصّلاة، ثم شكَّ هل ركع أم لا؟ فقام على هذا الشّكّ، ثم تذكّر أنّه ركع فلا شيءَ عليه[٥].

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) حكَى الإجماع عليه الإمام ابن عبد البرّ. وفيه نظرٌ؛ لأنّ المذهب عند الحنابلة ثبوت التّوارث مع الشّكّ في مسألة موت الجماعي؛ كالغرقَى والْهدمَى، والْحرقَى؛ حيث ورّثوا كلّ ميِّت صاحبَه من تلاد ماله دون طريفه.
وتلاد المال هو: ماله القديم الذي كان يملكه قبل موته. وطريفه هو: ماله الجديد الذي ورثه ممَّنْ ماتَ معه في الهلاك.
ولكنّ الرّاجح ألاّ يثبت التّوارث مع الشّكّ في تاريخ الموت؛ لأنّ الميراث لا يثبت مع الشّكّ.
نظر: الاستذكار ٥٥٧/١، والذّخيرة ١٩/١٣، ومنتهى الإرادات ٤٦/٢، والخلاصة في علم الفرائض ص ٢٥١-٢٥٣.

(٣) انظر: الاستذكار ٥٥٧/١، والذّخيرة ١٩/١٣، والإنصاف ٣٤٦/٧-٣٤٧.

(٤) انظر: المنثور ٤٣/٢، وأشباه السّيوطيّ ص ١٠٩.

(٥) انظر: المنثور ٤٤/٢.

٣٦-لو شكَّ الصّائم هل نوَى من اللّيل أم لا؟ فمضى أكثر النّهار، ثم تذكّر أنّه نوى لم يضرَّه[١].

٣٧-الشّكّ في الرّضاع لا يؤثّر؛ فلو شكّت أرضعت أم لا؟ أو هل أرضعته خمس رضعاتٍ أو أربع لم يثبت التّحريم[٢].

٣٨-إذا شكّ الحاكم في الشّاهد؛ هل هو عدلٌ أم لا؟ لا يحكم بشهادته[٣].

٣٩-ومَن شكَّ في الشّاة المذكّاة والميتة، حَرُمَتَا معاً، وسبب التّحريم هو الشّكّ.

٤٠-وأيضاً مَنْ شكَّ في الأجنبية وأخته حَرُمَتَا معاً، وسبب التّحريم هو الشّكُّ.

٤١-وإذا شكَّ في عين الصّلاة المنسية وجب عليه خمس صلوات،وسبب وجوب الخمس هو الشّكّ. وإذا شكَّ هل تطهّر أم لا وجب عليه الوضوء،وسبب وجوبه هو الشّك.

٤٢-أنّ الظّنّ الغالب يُعْمَل به؛ لأنّه في معنَى القطع. بناءً على ذلك: مَن وجد حيواناً يبول في ماء، ثم وجده متغيِّراً وجوز أن يكون تغيّره بالبول لم يتوضّأ به، عملاً بغلة الظّنّ الظّاهر مع أنّ الأصل في الماء الطّهارة؛ لأنّ الظّنّ استند إلى سببٍ معيَّنٍ[٤].

٤٣-ومَن اشتبه عليه ماءان: طاهرٌ ونَجِسٌ، تحرّى فيهما، فما غلب على ظنّه طهارته منهما توضّأبه ولا يجوز العدول بـه إلى التّيمُّم. وإن اجتهد و لم يغلب على ظنّه شيءٌ تيمَّم[٥].

---

(١) انظر: المنثور ٢/٤٤.
(٢) انظر: المهذّب ٢٠/٧٠، والمغني ١١/٣١٢، والإنصاف ٩/٣٤٨-٣٤٩.
(٣) انظر: الإنصاف ١١/٢٨٤.
(٤) انظر: انظر: المذهّب ١/٧٨، والمجموع ١/١٠٣.
(٥) انظر: المهذّب ١/٣٧-٣٨، والمجموع ١/٧٨، و٩٠ -٩١، و٢٧٨.

المبحث الخامس: القاعدة الخامسة [٥]

[لا يَجْتَمِعُ الأصلُ والبَدَلُ في فعلٍ واحدٍ]

ذكرها ابن رشد في مسألة اشتراط المسح على النّاصية للمسح على العمامة دليلاً؛ حيث قال: ((لم يشترط بعض العلماء في المسح على العمامة المسح على النّاصية[١]؛ إذ **لا يجتمع الأصل والبدل في فعلٍ واحدٍ**))[٢].

توثيقها:

ورد ذكر القاعدة أو مفادها في بعض كتب أهل العلم منها:

جاء في أحكام القرآن: ((غيرُ جائزٍ الجمعُ بين البدل والمبدل منه))[٣].

وجاء في بدائع الصّنائع: ((التّيمم خلَفٌ عن الوضوء، ولا يجوز المصير إلى الخلَف مع وجود الأصل))[٤].

وفيه أيضاً: ((وجود الأصل يمنع المصير إلى البدل))[٥]. و((لا جواز

---

(١) وهو مذهب الحنابلة والظّاهرية.
واشترط الشّافعية للمسح على العمامة المسح على النّاصية استحباباً.
ومنع الحنفية والمالكية من المسح على العمامة أصلاً.
انظر: مختصر القدوري ص ١٨، وبدائع الصّنائع ٧١/١، والهداية ٣٠/١، والتّفريع ١٩١/١، والمعونة ١٢٥/١، وبداية المجتهد ٤٨/١، والمهذّب ٦٧/١، والمجموع ٢٢٥/١-٢٢٧، والمغني ٣٧٩/١-٣٨٣، وشرح منتهى الإرادات ١٣٠/١، والمحلّى ٣٠٣/١.

(٢) بداية المجتهد ٤٨/١.

(٣) أحكام الجصاص ١٤٢/٤.

(٤) بدائع الصّنائع ١٨٨/١.

(٥) بدائع الصّنائع ١٦٨/١.

للبدل مع وجود الأصل»[١]، و«لا حكم للبدل مع وجود المبدل»[٢].

وفي الذّخيرة: «ولا معنَى للتّيمّم مع الغسل؛ لأنّ البدل والمبدل منه لا يجتمعان»[٣].

وجاء فيه أيضاً: «الصّوم ههنا بدلٌ عن الهدي فلو وجب الدّم لاجتمع البدل والمبدل معه وهو خلاف الأصل»[٤].

وجاء فيه -أيضاً-: «الأعيان لا تُضْمَنُ بالبدل إلاّ مع فواهًا»[٥].

وجاء فيه -أيضاً-: «لا يجمع بين بعض البدل وبعض المبدل في سائر الأبدال»[٦].

وجاء في شرح الزّرقانِي: «لا يجمع بين البدل والمبدل»[٧].

وجاء في قواعد المقرّي: «لا يجتمع الأصلُ والبدلُ إلاّ بدليلٍ، وعن بعض المالكية: إن ضعف الأصلُ و لم يسقط قوّاه البدلُ»[٨].

---

(١) بدائع الصّنائع ٣٨٨/٢، وانظر: ٦٠٣، و٥٣٠/٤، و٥٣٢/٥، و١٤٦/٦.
(٢) بدائع الصّنائع ١٤٤/٣.
(٣) الذّخيرة للقرافي ٣٤٣/١.
(٤) الذّخيرة للقرافي ٣٥٢/٣.
(٥) الذّخيرة ٦٥/٥.
(٦) الذّخيرة ٣٥٣/٣.
(٧) شرح الزّرقاني على الموطّأ ٣٣٠/٢.
(٨) وذكرها تبعاً للمقّري كلّ من الإمام المنجور، والتّواتي.
انظر: قواعد المقّري ٢٣٨/١، ق: (١٥)، وشرح المنهج المنتخب ٦٠٩/٢، والإسعاف بالطّلب ص: ١٧٦.
وانظر: بدائع الصّنائع للكاساني ٩١/١-٩٢، و١٨٥، ١٨٨، و١٩٢، ٥٨٠، و٣٨٨/٢، و٢٧٤/٣، و٣٠٧-٣٠٨، و٣١٦، و٦٣٣، و٥٣٠/٤، وحاشية الدّسوقي ٣٩/٣، وشرح الزّرقاني ٣٣٠/٢، وشرح القلشاني ٤٢٣/١ فما بعدها، =

وجاء في روضة الطّالبين: إذا تخرّق الأعلى من إحدى الرّجلين أو نزعه، وجب نزعه من الرِّجل الأخرى لئلاّ يجمع بين البدل والمبدل[1].

وجاء في المغنِي: «البدل لا يُصَارُ إليه إلاّ عند تعذّر المُبْدَلِ بدليل سائر الأبدال مع مبدلاتها»[2].

وفيه أيضاً: الجمع بين البدل والمبدل في مَحلٍ واحدٍ لم يرد الشّرع به، ولا نظير له يقاس عليه[3].

ما جاء في إعلام الموقّعين: «وقاعدة الشّرعية أنّ الفروع والأبدال لا يُصَارُ إليها إلاّ عند تعذّر الأصول؛ كالتّراب في الطّهارة، والصّوم في كفّارة اليمين، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل»[4].

وجاء في تقرير القواعد: «يقوم البدل مقام الْمُبْدَل، ويسدّ مسدّه، ويُبْنَى حكمه على حكمه في مواضع كثيرة»[5].

بعض القواعد المذكورة في كتب الفقهاء ذات العلاقة:

١-البدل عن البعض لا ينوب مناب البدل عن الكلّ[6].

=

والفواكه الدّواني للنّفراوي ٧٨/١، والمجموع للنّووي ٢٨٩/١، و٢١٤/٢، و٢٤١، والمغنِي لابن قدامة ١٥٢/١، و١٦٢، و٩٧/٢، و٢٥٠/٨، و٣٨٠، والمحلّى لابن حزم ١٠٢/٢.

(١) انظر: روضة الطّالبين ١٢٩/١، و٢٧/٥، و٣٧٢/٨، والمجموع ٢٨٩/١.

(٢) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٢٢٢/٣.

(٣) انظر: المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٣٣٦/١، و٣٣٧.

(٤) إعلام الموقّعين لابن القيم ص ٨٦٩.

(٥) قواعد ابن رجب ص ٦٥٤.

(٦) انظر: الذّخيرة ٣٥١/١.

٢-العدول عن البدل الشّرعي لا يصحّ[١].

٣-عدم بعض الأصل بمنْزلة عدم الجميع في جواز الاقتصار على البدل[٢].

٤-لا يجتمع العِوض والْمُعَوَّض لشخصٍ واحدٍ[٣].

شرح مفردات القاعدة:

الأصل في اللّغة جمعه: أصول، ويطلق على عدّة معاني منها[٤]:

١-أساس الشّيء، وهو أصله.

٢-أسفل كلّ شيء، ومنه قولهم: أصل الشّجرة، أي: أسفلها الذي في الأرض كما في قوله تعالى: ﴿كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ﴾[٥].

٣-ما يُبنَى عليه غيره، أويبتني عليه غيره.

٤-ما يستند وجود الشّيء إليه أو ما يستند تحقيق ذلك الشّيء إليه.

٥-ما يتفرّع عنه غيره.

وأمّا الأصل في الاصطلاح فله معانٍ كثيرةٌ تتناسب مع العلوم الـتي نقلت إليها، والملائم للقاعدة منها هو[٦]:

---

(١) انظر: الذّخيرة ٢/١٩٥.

(٢) انظر: المهذّب ١/١٢٤.

(٣) انظر: الذّخيرة ١٠/٧٩.

(٤) انظر:تهذيب اللّغة للأزهري،مادة(أصل)،ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس١/١٠٩، ومختار الصّحاح للرّازي ص: ١٨، ولسان العرب ١١/١٦-١٨، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص: ١٢٤٢، وشرح مختصر الرّوضة للطّوفي ١/١٢٣، والفـروق الجليّة بين القواعد الأصولية والفقهية، د/ حمد الصّاعدي ص: ٣٧-٣٨.

(٥) سورة إبراهيم، الآية: ٢٤.

(٦) انظر: شرح مختصر الرّوضة للطّوفي ١/١٢٣-١٢٧، وتدريب الرّاوي للسّـيوطي =

الأصل بِمعنَى: المبدل منه، كما في هذه القاعدة، وكما في قاعدة: إذا بطل الأصل يصار إلى البدل، يعني: أنّ الذي يجب أداؤه هو الأصل، فإذا تَعَذَّرَ إيفاؤه بسبب من الأسباب يصار إلى البدل.

البَدَلُ؛ بَدَلُ الشّيء مُحرَّكةً بالفتح، وبالكسر بِدْل، والبديل كلّه بِمعنَى: الخَلَفُ منه، والعوض. وجمعه: أبدال[1].

فبدل الشّيء ما يقوم مقامه كأنّه هو، ولا يُفْعَل إلاّ عند تَعَذُّرِ المبدل في أغلب الأحيان[2].

المعنَى الإجمالي للقاعدة:

أنّ الواجب أداؤه هو الأصل، فإذا تعذّر إيفاؤه يُصَارُ إلى البدل، ولا يجمع بين البدل والمبدل؛ لأنّ الجمع بين البدل والمبدل في مَحلٍّ واحدٍ لم يرد الشّرع به، ولا نظير له يقاس عليه.

وتَعُذُّرُ الأصل قد يكون بسبب عدم الأصل،أو العجز عنه؛ لأنّ العجز كالعدم في الانتقال إلى البدل،أو وُجِدَالأصل لكن تَعَلَّقَت به حاجةٌ لا بدّ منها؛لأنّ ما تستغرقه حاجته كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل، وقد يكون بسبب الفوات أو التّفويت. ولا يصار إلى البدل إلاّ عند العجز

=

٢/١٩، وشرح المجلة للأتاسي ١/١٢٧، المادة: ٥٣، وتسهيل الوصول إلى فهم علم الأصول ص: ٥، والخلاصة في علم الفرائض لناصر الغامدي ص: ٢٨، و١٤٠.

(١) انظر: المفردات للأصفهاني ص: ٥٠، ومختصر الصّحاح ص: ٤٤، والمصباح المنير للفيّومي ص: ١٥، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص: ١٢٤٧، والفواكه الدّواني للنّفراوي ١/٧٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٢٢٥، والذّخيرة ١/٣٢٤، و٢/٣٢٩-٣٣٠.

عن الأصل؛ كما في التّراب مع الماء، وكالفيء باللسان عند العجز عن الفيء بالجماع، أمّا مع القدرة على الأصل فلا ينتقل إلى البدل، وكذلك القدرة على ثمن المبدل كالقدرة على المبدل في المنع من الانتقال إلى البدل؛ فَمَن وجد رقبةً يستغنِي عنها، أو وجد ثمنها فاضلاً عن حاجته لم يجزئه إلاّ الإعتاق؛ كالماء وثمنه يمنع الانتقال إلى التّيمّم، ويشترط في البدل في باب ضمان الأعيان المتلفة أن يكون من جنس المبدل منه(١).

إطلاقات البدل في كتب الفقهاء:

يطلق الفقهاء البدل على معانٍ مختلفة منها:

١-مشروعية العبادتين في وقتٍ واحدٍ؛ فيطلق على إحداهما بدلٌ عن الأخرى؛ كما في الجمعة مع الظّهرً.

قال في أحكام القرآن: «فقال قائلون: فرض الوقت الجمعة والظهر بدلٌ منها. وقال آخرون: فرض الوقت الظهر والجمعة بدلٌ منه، استحال أن يفعل البدل إلا في وقت يصح فيه فعل المبدل عنه وهو الظهر»(٢).

وقال في الذّخيرة: «تمهيد: يحكي جماعة من الأصحاب الخلاف: هل الجمعة بدلٌ من الظهر أم لا؟ وأنت تعلم أنّ البدل لا يفعل إلاّ عند تعذّر المبدل، والجمعة يتعين فعلها مع إمكان الظّهر؛ فهو مشكلٌ، والحقّ أن

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٠/١، و٣٨٨/٢، و٢٧٣/٣-٢٧٤، و٣٠٧، و٣١٦، وقواعد الفقه للبركتي ق: (٥١)، والذّخيرة ٣٤٣/١، و٣٣٠/٢، و٣٥٢/٤، و٣٥٣، و٣٥٦، والمهذب ١٢٢/١-١٢٣، والمجموع ٢١٥/٢، والكافي لابن قدامة ٤٠٥/١، و٢٦٣/٣، والمغني ١٥٢/١، وشرح القواعد الفقهية للزّرقاء ص: ٢٨٧، وقواعد الحريري ص ١٢١.

(٢) أحكم الجصاص ٣٣٧/٥. وهذا لا يتصوّر اجتماعهما أصلاً. وانظر: بدائع الصّنائع ٥٧٨/١، و٥٧٩-٥٨٠.

يُقالَ: إنّها بدلٌ من الظّهر في المشروعية والظّهر بدلٌ منها في الفعل))[١].

٢-عبادةٌ تكون سادّاً مسدّ عبادةٍ أخرى، وهو من قبيل جعل شيءٍ ينوب عن غيره عند تعذّره وفقدانه، وليس في مقابل استحقاق ذلك الشّيء، بل لا بدّ أن يكون عدم وجود مبدله سبباً لوجوده؛ كالطّهارة بالتّراب بدلٌ سدّ مسدّ الطّهارة بالماء، والمسح على الخفّين سدّ مسدّ الغسل، والقضاء بدلٌ عن الأداء سدّ مسدّه[٢].

قال في الذّخيرة: ((البدل إنّما شُرِع عند تعذّر المبدل منه))[٣].

وفيه -أيضاً-: ((البدل لا يُفْعَل إلاّ عند تعذّر المبدل))[٤].

وجاء في شرح العمدة: ((القضاء بدلٌ عن الأداء يسدّ مسدّه))[٥].

٣-العزم على أداء العبادة في الوقت، في مقابل تأخير الواجب المخيَّر. قال في الذّخيرة: ((الذي تقتضيه أصول مذهب مالك رحمة الله عليه أنّه لا يجوز تأخير الواجب المخير إلاّ لبدل، وهو العزم على أدائها في الوقت؛ لأنّ من تَوَجَّهَ عليه الأمر ولم يفعل ولم يعزم على الفعل فهو معرضٌ عن الأمر بالضّرورة والمعرض عن الأمر عاصٍ والعاصي يستحق العقاب))[٦].

٤-ما يجبر به النّقص الواقع في واجبات العبادات؛ كالدّم في الحجّ. قال في بدائع الصّنائع: ((ولا يجزئ عن هذا الطّواف بدنةٌ؛ لأنّه ركن، وأركان

---

(١) الذّخيرة ٢/٣٢٩-٣٣٠، وانظر: بداية المجتهد ١/٥١١، والمغني ٣/٢٢١-٢٢٢.
(٢) انظر: الذّخيرة ١/٣٢٤، والمهذّب ١/١٢٢، وشرح العمدة ٣/٣٥٥.
(٣) الذّخيرة للقرافي ٢/٥٢.
(٤) الذّخيرة للقرافي ٢/٣٢٩-٣٣٠.
(٥) شرح العمدة لابن تيمية ٣/٣٥٥.
(٦) الذّخيرة للقرافي ٢/٢٣.

الحجّ لا يجزئ عنها البدل، ولا يقوم غيرها مقامها، بل يجب الإتيان بعينها كالوقوف بعرفة»[١].

٥-المهر في عقد النّكاح في مقابل منفعة البضع، قال في أحكام القرآن: «وإنّا وجدنا عقد النّكاح لا يخلو من إيجاب البدل، إن كان مُسَمًّى فالْمُسَمَّى وإن لم يكن فيه تسمية فمهر المثل»[٢].

وقال في بدائع الصّنائع: «ولهذا سُمِّيَ المهر في باب النّكاح أجراً بقول الله -تعالى-: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٣]، أي: مهورهن؛ لأنّ المهر بدل منفعة البضع»[٤].

٦-ما تدفع المرأة لزوجها مقابل الخلع، قال في بدائع الصّنائع: «فإن كان بلفظة الخلع على صيغة الأمر يتمّ إذا كان البدل معلوماً مذكوراً»[٥].

٧-الثّمن والمثمن في البيع، أو في السَّلَمِ، وهو أن يعطيه الثّانِي ليستحقّ الأوّل[٦].

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٣١٦/٢.

(٢) أحكام الجصاص ١٣٨/٢. وهذا قد يجمع بينه وبين مبدله الذي هو البضع في بعض الصّور؛ كما في الطّلاق قبل الدّخول؛ حيث سقط حقّ الزّوج عن بضعها مع وجوب نصف البدل،وهو نصف الْمُسَمَّى، فاجتمع البضع مع نصف البدل للزّوجة. وبهذا المعنى فارق النّكاح سائر عقود المعاوضة؛ حيث إنّ عود المبيع -مثلاً- إلى ملك البائع يوجب سقوط الثّمن كلّه، بخلاف الصّورة المذكورة في النّكاح.
انظر: المرجع نفسه، وبدائع الصّنائع ٥٧٢/٢-٥٧٣، و٥٨٠-٥٨٢، و٥٨٤-٥٨٦، و٥٨٨-٥٩٠، و٥٩٨، والذّخيرة ١٠٩/٥.

(٣) سورة النِّساء، الآية: ٢٥.

(٤) بدائع الصّنائع ١٦/٤.

(٥) بدائع الصّنائع للكاساني ٢٢٩/٣، و٢٣٠-٢٣٣، و٢٣٧.

(٦) انظر: المفردات ص ٥٠، وأحكام الجصاص ١٣٨/٢، وبدائع الصّنائع ٣٢٠/٤،
=

٨-ما يدفعه المكاتَب مقابل العتق، قال في بدائع الصّنائع: «ولو اختلف الموفى والعبد في مقدار البدل، فالقول قول العبد...»[(١)].

٩-القيمة والأجرة في مقابل الإجارة أو الاستئجار، قال في بدائع الصّنائع: «ولهذا سُمِّيَ البدل في هذا العقد -أي: الإجارة- أجرة، وسمَّى الله بدلَ الرّضاع أجراً بقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[(٢)]، والأجرة بدل المنفعة لغةً...»[(٣)].

وقال في الذّخيرة: «نعم لا يجمع له بين البدل الذي هو القيمة والمبدل الذي هو منفعة العين التابعة للعين المأخوذ البدل عنها»[(٤)].

١٠-جزاء الصّيد في الإحرام. كما قال في أحكام القرآن: «النص قد ورد بالنهي عن قتل الصيد في قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾[(٥)]، وذلك عندنا يقتضي إيجاب البدل على متلفه كالنهي عن قتل صيد الآدمي، أو إتلاف ماله يقتضي إيجاب البدل على متلفه، فلما جرى الجزاء في هذا الوجه مجرى البدل وجعله الله مثلاً للصيد اقتضى النهي عن قتله إيجاب بدل على متلفه ثم ذلك البَدل يكون الجزاء بالاتفاق»[(٦)].

=

و٤٣١، والذّخيرة ٥/١٤٢، و٢٢٨، والفواكه الدّواني ١/٧٨،

(١) بدائع الصّنائع ٣/٥٠٨، و٥١٠ فما بعدها، و٥٢٢، و٦٠١ فما بعدها.

(٢) سورة الطّلاق، الآية: ٦.

(٣) بدائع الصّنائع ٤/١٦، و٥١، و٦١-٦٣-٦٧، و٨٤-٨٥.

(٤) الذّخيرة للقرافي ٥/٥٠٩.

(٥) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٦) أحكام الجصاص ٤/١٣٣، و١٤٢.

١١-الغرامة والضّمان في مقابل فعل المحظور؛ كذبح الأضحية الواجبة بنذرٍ أو تعيينٍ قبل الصّلاة، والهدي قبل محلّه، والأكل من جزاء الصّيد وفدية الأذى ونذر المساكين، وإتلاف مال الآدمي.

قال في أحكام القرآن: «...كالنَّهي عن قتل صيد الآدمي، أو إتلاف ماله يقتضي إيجاب البدل على متلفه، ثم ذلك البدل يكون الجزاء بالاتفاق»[1].

وقال في التّلقين: إتلاف مال الغير ظلماً يوجب البدل، إما مثل المتلف في الخلقة والصورة والجنس والمثليات وهي المكيلات والموزونات، وإما قيمته فيما عداها من سائر العروض والحيوان[2].

وفي الذّخيرة: «يؤكل من الهدي كله واجبه وتطوعه إذا بلغ محله إلاّ ثلاثة: جزاء الصيد وفدية الأذى ونذر المساكين فإن أكل فلا يجزئه وعليه البدل»[3].

وجاء في المختصر: «وإن ذبح قبل ذلك -أي: الصّلاة- لم يجزئه ولزمه البدل»[4].

وجاء في المغنِي: «لأنّها نسيكةٌ واجبةٌ ذبحها قبل وقتها فلزمه بدلها كالهدي إذا ذبحه قبل محلّه. ويجب أن يكون بدلها مثلها أو خيراً منها؛ لأنّ ذبحها قبل محلّها إتلافٌ لها. وكلام مَن أطلق من أصحابنا -أي: الحنابلة- محمول على الأضحية الواجبة بنذرٍ أو تعيين، فإن كانت غيرَ واجبة بواحد من الأمرين فهي شاة لحم ولا بدلٌ عليه إلاّ أن يشاء؛ لأنّه قصد التّطوّع

(١) أحكام الجصاص ١٣٣/٤.
(٢) انظر: التّلقين ٥٠٨/٢، وانظر: الذّخيرة ٢٨٨/٨، و١٢٧/٩، ومختصر الخرقي ٦٥/١، والإنصاف ٩٩/٤، ومجموع الفتاوى ٥٥/٢٥.
(٣) الذّخيرة ٣٦٦/٣-٣٦٩، و٩١/٨.
(٤) مختصر الخرقي ٣٨٨/١٣.

فأفسده فلم يجب عليه بدله؛ كما لو خرج بصدقة تطوّعٍ فدفعها إلى غير مستحقّها»[١].

١٢- الدّية، جاء في بدائع الصّنائع: «الدّية بدل عن المقتول؛ فإذا وصل إليه البدل صار المبدل كالباقي من وجه. فأمّا القصاص فليس ببدلٍ عن المحلّ»[٢].

قال القرافي: «قاعدة: البدل في الشّرع خمسة أقسام:

١- بدلٌ من المشروعية؛ كالجمعة بدل الظهر، والكعبة بدلٌ من المقدس.

٢- وبدلٌ من الفعل؛ كالخفّين بدلٌ من الغسل، ومسحُ الجبيرة بدلُ الغسل.

٣- وبدل في بعض الأحكام دون الفعل والمشروعية؛ كالتيمم مع الوضوء.

٤- ومن كلّ الأحكام؛ كالصّوم من العتق في كفّارة الظّهار.

٥- وبدل من حالة من أحوال الفعل دون المشروعية والفعل والأحكام؛ كالعزم بدلٌ عن تعجيل العبادة في أوّل الوقت والتّعجيل والتّأخير والتّوسط أحوالٌ عارضةٌ للفعل.

ولكلّ واحدٍ أحكامٌ تَخُصُّهُ؛ فخاصية الأوّل أن يكون البدل أفضل، وأن لا يفعل المبدل عنه إلاّ عند تعذّر البدل[٣] عكسه غيره[٤]، أو قد لا يفعل البتة؛ كالصّلاة للمقدس.

---

(١) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٣٨٨/١٣.

(٢) بدائع الصّنائع ٦٦/٢، و٦٧، وانظر: طلبة الطّلبة ص ٢٥٨.

(٣) يعني: لا تُصلّى صلاة الظّهر إلاّ بعد خروج الجمعة، وهذا في حقّ مَن يجب عليه السّعي إلى الجمعة. أمّا مَن لم تجب عليه الجمعة كالمرأة، والمريض، والمُمَرِّض، أو المسافر، والصّبيّ والعبد، وسائر المعذورين فله أن يصلّي الظّهر في أوّل وقتها قبل صلاة الإمام في قول أكثر أهل العلم.والله أعلم.انظر:المغني ٩٧/٢.

(٤) أي: أنّ غير القسم الأوّل على خلافه؛ فيكون المبدل أفضل من البدل.

وخاصية الثّاني المساواة في المحلّ، وقد يستوي الحكم؛ كالجبيرة، وقد يختلف كالخفّ لوجوب الأعلى دون الأسفل.

وخاصية الثّالث ألاّ ينوب عن المبدل في غير ذلك الحكم بل يختص المبدل منه بأحكام.

وخاصية الرّابع استواء البدل والمبدل في الأحكام بسببهما.

وخاصية الخامس أنّ الفعل بجملة أحكامه باقٍ وإنّما السّاقط بالبدل حالة من الأحوال دون شيء من الأحكام.

وهذه القاعدة تُظهر بطلان قول القائل: البدل يقوم مقام المبدل مطلقاً، وأن لا يفعل إلا عند تعذّر المبدل بل ذلك يختلف في الشّرع كما ترى»[١].

بناء على هذا، يمكن تقسيم البدل مع مبدله إلى أربعة أقسام:

الأوّل: يتعيّن الابتداء بالمبدل منه، وهو الغالب؛ كالتّيمّم مع الوضوء.

والقسم الثّاني: يتعيّن الابتداء بالبدل؛ كالجمعة إذا قلنا: هي بدل عن الظّهر.

والقسم الثّالث: يجمع بينهما؛ كواجد بعض الماء والجريح.

والقسم الرّابع: يتخيّر بينهما؛ كمسح الخفّ مع غسل الرّجل[٢].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

أجمعت المذاهب الفقهية في الجملة على إعمال القاعدة وتطبيقاتها؛ حيث اتّفقوا على أنّ الجمع بين البدل والمبدل منه غير جائزٍ إلاّ لعذرٍ؛ فلا يجب التّيمّم مع الغسل، ولا بين الظّهر والجمعة، ولا الصّوم مع الدّمّ؛ حتّى

---

(١) الذّخيرة للقرّافيّ ٢/٣٣٠.

(٢) انظر: أشباه السّيوطي ص ٨١٠، وقواعد ابن رجب ص ٦٥٤.

لا يجتمع البدل والمبدل[١].

قال في المغني: الجمع بين البدل والمبدل في مَحلٍ واحدٍ لم يرد الشّرع به، ولا نظير له يقاس عليه[٢].

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّ الأصل ألاّ يجوز فعل البدل إلاّ بعد ثبوت عدم المبدل؛ فلا يجوز فعل التّيمّم إلاّ بعد تعذّر الماء أو العجز عنه؛ لأنّ التّيمّم بدلٌ عن الوضوء فلا يجمع المصلّي بينهما[٣].

٢-أنّ وجود الأصل والقدرة عليه قبل الشّروع في المقصود يلزم منه الأخذ بالأصل وترك البدل والاستغناء عنه، كالحاكم إذا سمع شهود الفرع، ثم حضر شهود الأصل قبل الحكم، وكما لو رأى الماء قبل الدّخول في الصّلاة[٤].

(١) انظر: أحكام الجصاص ١٤٢/٢، وبدائع الصّنائع ٩١/١-٩٢، و١٨٥، ١٨٨، و١٩٢، ٥٨٠، و٣٨٨/٢، و٢٧٤/٣، و٣٠٧-٣٠٨، و٣١٦، و٦٣٣، و٥٣٠/٤، والذّخيرة ٣٤٣/١، و٣٥٢/٣، و٦/٥، وحاشية الدّسوقي ٣٩/٣، وشرح الزّرقاني ٣٣٠/٢، وشرح القلشاني ٤٢٣/١ فما بعدها، والفواكه الدّواني للنّفراوي٧٨/١، وقواعد المقّري٢٣٨/١،ق:(١٥)،وشرح المنهج المنتخب ٦٠٩/٢، والإسعاف بالطّلب ص:١٧٦،والمجموع للنّووي٢٨٩/١،و٢١٤/٢،و٢٤١، والمغني ١٥٢/١، و١٦٢، و٩٧/٢، و٢٥٠/٨، و٣٨٠، والمحلّى لابن حزم ١٠٢/٢.

(٢) انظر: المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٣٣٦/١، و٣٣٧.

(٣) انظر: أحكَام الجصاص ١٤٢/٢، المهذّب ١٢٢/١، والمهذّب ١٢٢/١، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ص: ٤٣٠-٤٣١.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع للكساني ١٨٩/١، و٢٨٨/٢، و٣١٦/٣، وقواعد المقّري ٢٣٨/١، ق: (١٥)، وشرح المنهج المنتخب٦٠٩/٢، والإسعاف بالطّلب ص: =

٣-أنّ وجود المبدل بعد فراغه من البدل لا يبطل البدل، كما لو وجد المكفّر الرّقبة بعد فراغه من الصّوم، وكما لو فرغت من العدّة بالأشهر ثم حاضت، وكما لو رأى الماء بعد الفراغ من التّيمم على قولٍ، أو حكم الحاكم بشهود الفرع ثم حضر شهود الأصل[١].

٤-أنّ البدل إذا كان مؤقّتاً ففات وقته رجع إلى الأصل؛ كالمسح على الخفّين[٢].

٥-المسح على الخفّ بدلٌ عن غسل القدم؛ فلا يجمع المتوضئ بينهما[٣].

٦-أنّ المتوضّئ إن أخرج خفّ إحدى رجليه لزمه إخراجه من الآخر وغسلهما، ولا يجزئه أن يمسح واحدة ويغسل الأخرى لئلاّ يجمع بين البدل والمبدل[٤].

٧-أنّ صاحب الجبيرة إذا سقطت جبيرته عن برءٍ وهو خارج الصّلاة غير محدث غسل موضع الجبيرة لا غير؛ لأنّه قدر على الأصل فبطل حكم البدل فيه[٥].

=

١٧٦، والمجموع ٢٤١/٢، والمغني ٢٧٤/٩، والمحلّى ١٢٦/٢-١٢٩.

(١) انظر: أحكام الجصاص١/٣٦٩، وبدائع الصّنائع ١٨٧/١-١٨٩، و١٩٢-١٩٣، و٥٨، و٣٨٨/٢، و٢٥٢/٤-٢٥٥، وشرح القلشاني١/٥٧٦، والمهذّب ١٢٩/١-١٣١، والمجموع ١٧١/١، و٢٠٨/٢، و٢١١، و٢٤١/٢، و٢٤٤، و٢٤٧-٢٤٨، والكافي لابن قدامة ٣٩٩/١.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٣٧١/١، وبدائع الصّنائع ١٨٩/١، و٣٨٨/٢، وشرح العمدة ٣٥٥/٣.

(٣) انظر:أحكام الجصاص١٤٢/٢،وتطبيقات قواعد الفقه ص:٤٣٠-٤٣١،وقواعد ابن رجب ص٦٥٤.

(٤) انظر: التّفريع٢٠٠/١، والذّخيرة٣٣١/١، وروضة الطّالبين١٢٩/١، وقواعد ابن رجب ص ٦٥٤.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٩١/١-٩٢، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ص: ٤٣٠-٤٣١.

٨-مَن فاته الجمعة؛ فإنّه يصير إلى الظّهر؛ لأنّ الجمعة لا يمكن قضاؤها؛ لأنّها لا تصحّ إلاّ بشروطها، ولا يوجد ذلك في قضائها فتعيّن المصير إلى الظّهر عند عدمها كشأن البدل[١].

٩- الأصل في التّمتّع في الحجّ الهدي، والبدل الصّوم المقيَّد بصفةٍ مخصوصةٍ، فإذا عجز عن الأصل انتقل إلى البدل، ولا يجمع بينهما[٢].

١٠-أنّ الخصال الثّلاث: إطعام عشرة مساكين، أو كسوهم، أو تحرير الرّقبة أصلٌ في كفّارة اليمين، والصّوم بدل، فلا يجمع المكفِّر بينهما[٣].

١١-أنّ تحرير رقبةٍ قبل المسيس أصل في كفارة الظّهار، وصيام شهرين متتابعين بدل فلا يجمع بينهما، وكذا الصّيام أصلٌ بالنّسبة لإطعام ستّين مسكيناً، فلا يجمع بين الأصل والبدل[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٧/١-٥٨٠، وأحكام الجصاص ٣٣٧/٥، وبداية المجتهد ٥٥١/١، والذّخيرة ٣٢٩/٢-٣٣٠، والمغني ٩٧/٢، و٢٢١/٣-٢٢٢.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٣٦٩/١، وبدائع الصّنائع ٣٨٧/٢-٣٨٨، وأحكام ابن العربي ١٨٣/١-١٨٤، وتفسير القرطبي ٣٩٦/٢، و٣٩٨، والذّخيرة ٣٥٢/٣، والمهذّب ٦٥٤/١، والمجموع ١٢١/٧، ومختصر الخرقي ٣٦٦/٥، والمغني ٣٦٥/٥، و٣٦٦-٣٦٧، وشرح العمدة ٤٥١/١، و٤٥٣.

(٣) انظر: أحكام الجصاص٣٧١/١، و١٤٢/٤،وأحكام ابن العربي١٤٥/٢/١، و١٦١، وتفسير القرطبي ٢٤٦/٦، و٢٥٨، و٢٦١-٢٦٤، وشرح العمدة ٤٥١/١.

(٤) انظر: أحكام الجصاص ٣٧١/١، وأحكام ابن العربي ١٨٥/٤/١، و١٩٥، وتفسير القرطبي ٢٣٧/١٧، والكافي لابن قدامة ٢٦٣/٣، ٢٦٤، وشرح العمدة٤٥١/١، ٤٥٣.

١٢- يبطل الفيء بالقول مع القدرة على الفيء بالجماع عند الحنفية؛ لأنّ الأصل الفيء بالجماع ويصحّ بالقول عند العجز عن الجماع، فمتى قدر على الجماع في المدّة بطل الفيء بالقول وانتقل إلى الفيء بالجماع(١).

١٣-أنّ الخيار إذا كان للبائع؛ فالمبيع لم يخرج عن ملكه، وإذا كان للمشتري فالثّمن لم يخرج عن ملكه، وهذا يمنع دخول الثّمن في ملك البائع في الأوّل، ودخول المبيع في ملك المشتري في الثّاني؛ لأنّه جمع بين البدل والمبدل في عقد المبادلة(٢).

١٤-أنّ الأصل في العدّة القرء -الطّهر أو الحيض-، وأنّ الشّهور بدلّ منه عند تعذّر القرء، فلا تجمع بينهما(٣).

١٥-أنّ الموكّل أصلٌ والوكيل بَدَلٌ، فإذا حَضَرَ الأصلُ لا يُطْلَبُ البدل لامتناع اجتماع البدل والمبدل(٤).

١٦-أنّ الصّغيرة والآيسة إذا اعتدّت ببعض الأشهر ثم رأت الدّم تنتقل عدّتها من الأشهر إلى الأقراء؛ لأنّ الشّهر في حقّها بدلٌ عن الأقراء، وقد ثبتت القدرة على المبدل قبل حصول المقصود فيبطل حكم البدل، وكذا العكس فلو اعتدّت ذات القرء بحيضة أو حيضتين ثم أيست تنتقل من الحيض إلى الأشهر(٥).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع للكساني ٣/٢٧٣-٢٧٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٣٠.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٠٧، والرّسالة ص ٢٠٦، والتّلقين ١/٣٤٢-٣٤٣، وروضة الطّالبين ٨/٣٧١-٣٨٢، والكافي لابن قدامة ٣/٣٠٧-٣٠٨.

(٤) انظر: الجامع الصّغير لأبي يوسف ١/٤٠٧.

(٥) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ =

١٧-أنّ الإقالة في باب البيع قبل القبض توجب سقوط الثّمن عن المشتري؛ لأنّ المثمن وهو المبدل عاد سليماً إلى البائع؛ وسلامة المبدل لأحد المتعاقدين يقتضي سلامة البدل للآخر؛ لئلاّ يجتمع المبدل والبدل في ملك واحد[1].

١٨-أنّ ردّ السّلام بالكلامً أصلٌ، فإذا تعذّر في حقّ المصلّي انتقل إلى الرّدّ بالإشارة فلا يجمع بينهما[2].

١٩-أنّ البيّنة أصل واليمين بدل عنها فلا تشرع إلاّ عند تعذّر البيّنة[3].

٢٠-أنّ الشّهادة على الشّهادة بدل من الشّهادة الأصلية، فإذا وُجِدَ الشَّاهدُ الأصلي قبل القضاء فلا يسمع للشّاهد على الشّهادة لامتناع اجتماع المبدل والبدل[4].

٢١-لو حكم الحاكم بشهود الفرع لا يبطل حكمه بوجود شهود الأصل بعده[5].

٢٢-لو مات القاضي المكتوب إليه قبل وصول الكتاب إليه لزم المنصوب مكانه إنفاذها ما لزم الأوّل؛ لأنّ البدل يأخذ حكم المبدل[6].

=

أَشْهُرٍ﴾، [الطّلاق من الآية: ٤].
انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣١٦، و٣١٧، وجامع الأمهات ص ٣٢٠، والمهذّب ٣/٢٠١-٢٠٣، ومختصر الخرقي ٨/٩١.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٥٩٣.
(٢) انظر: الذّخيرة ٢/٥٢.
(٣) انظر: المغني ١٠/٢٠٩.
(٤) انظر: الجامع الصّغير لأبي يوسف ١/٤٠٧، والمجموع ٢/٢٤١، وشرح العمدة
(٥) انظر: المهذّب ١/١٣١، وشرح العمدة ١/٤٥١.
(٦) انظر: التّلقين ٢/٥٣٣.

٢٣-أنّ الأصل في ضمان القرض والمتلفات هو المثل، والقيمة بدلٌ عنه لا تجب إلاّ عند العجز عن المثل[(١)].

٢٤-أنّ الضّامن فرعٌ والمضمون عنه أصلٌ؛ فإبراء الفرع إبراءٌ للأصل؛ لقاعدة الشّريعة أنّ: الفروع والأبدال لا يصار إليها إلاّ عند تعذّر الأصول؛ كالتّراب في الطّهارة، والصّوم في كفارة اليمين، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل[(٢)].

٢٥-أنّ الكفالة توثقةٌ وحفظٌ للحقّ؛ فهي جاريةٌ مجرى الرّهن، ولكن ذلك رهن عين، وهي رهن ذمة، أقامها الشّارع مقام رهن الأعيان للحاجة إليها، والرّهن لا يستوفى منه إلاّ مع تعذّر الاستيفاء من الرّاهن؛ فكذا الضّمين[(٣)].

٢٦-أنّ النّطق في الإقرار أصل، والإشارة عند التّعذّر بدل، فإذا زال العذر رجع عمل بالأصل دون البدل فلا يجمع بينهما[(٤)].

من مستثنيات القاعدة:

١-قولٌ عند بعض المالكية: أنّ مَن لم يجد إلاّ ماء مستعملاً، أو قليلاً مختلطاً بنجاسة؛ فإنّه يتوضّأ به ويتيمّم احتياطاً، وذلك لضعف الأصل[(٥)].

٢-إذا كان الخفّ ممزقاً، أو غير ساترٍ لمحلّ الفرض؛ فإنّه يجمع فيه بين الغسل والمسح، وهي روايةٌ ضعيفةٌ في المذهب المالكي[(٦)].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٦٣٣/٣، والتّلقين ٤٣٦/٢-٤٣٧، والمغني ٢٩٢/٨.

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٣٤١/٣).

(٣) انظر: إعلام الموقعين (٣٤١/٣).

(٤) انظر: الجامع الصّغير لأبي يوسف ٤٠٧/١.

(٥) انظر: القواعد للمقّري ٢٣٨/١، وشرح المنهج المنتخب ٦٠٩/٢، والإسعاف بالطّلب ص: ٢٣٣.

(٦) انظر: التّمهيد لابن عبد البرّ ١٥٦/١١، والذّخيرة ٣٢٤/١، والمراجع السّابقة.

٣- إن كان بعضُ أعضاء طهارة المحدث أو الجنب والحائض والنّفساء جريحاً والآخر صحيحاً جمع بين الماء والتّيمُّم، فيمسح الجريح ويغسل الصّحيح[(١)].

٤-الْمحدِث حدثاً أصغر أو أكبر إذا وجد بعض ما يكفيه من الماء لطهارته؛ فإنّه يستعمل ما معه ثم يتيمّم، فيجمع بين المبدل والبدل، على قولٍ عند الشّافعية[(٢)].

٥- أنّ الإنسان قد يصلّي بعض صلاته قائماً بركوعٍ وسجودٍ، وبعضها بالإيماء لعذرٍ، ويكون جمع بين البدل والمبدل في صلاةٍ واحدةٍ[(٣)].

٦- مَن ساق هدياً فضلّ، فذبح بدله ثم وجدها؛ فإنّه لا يسترجعه إلى ملكه بل يذبحه، فيكون ذبح البدل والمبدل[(٤)].

٧- المطلّقة قبل الدّخول تستحقّ نصف المفروض؛ والقياس ألاّ تستحقّه؛ لأنّ المعقود عليه عاد سليماً إلى المرأة؛ وسلامة المبدل لأحد المتعاقدين يقتضي سلام البدل للآخر؛ لئلاّ يجتمع المبدل والبدل في ملكٍ واحدٍ في عقد

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٧٧، والتّفريع ١/٢٠٢، والذّخيرة ١/٣٤٣، والمهذّب ١/٢١٧، والمجموع ٢/٢٣٠، والمغني ١/١٦٢، ومجموع الفتاوى ٢١/١٩، وزاد المستقنع ص ١٤، ومنتهى الإرادات مع شرحه ١/١٨٢-١٨٣، ومعالم السنن ١/٢٣٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٨٩، وعارضة الأحوذي ١/١٩٥-١٩٦، وشرح القلشاني ١/٥٧١، والمهذّب ١/١٢٤، والمجموع ٢/٢١٤، ومنتهى الإرادات ١/٢٧، وشرح منتهى الإرادات ١/١٨٤، ومعالم السنن ١/٢٣٦.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣١٧.

(٤) انظر: الإنصاف ٤/١٠٠.

المعاوضة؛ لكنّها تستحقّ ذلك بنص[(١)]، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[(٢)].

٨-عدّة الصّغيرة المدخول بها إذا فارقها زوجها الشّهور بدلاً من الحيض؛ فإذا حاضت قبل الفراغ منها انتقلت إلى الحيض[(٣)].

٩-مَن قطع يَمينَي الرَّجلين، فقطعت يمينه لهما، وأُخِذَ منه نصف دية اليد لكلّ منهما، فيجمع بين البدل وبعض المبدل[(٤)].

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٩٣/٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٣٧١/١.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٤/٦-٣٧٥، والمغني ٢٥٠/٨، والإنصاف ٤٩٥/٩.

المبحث السّادس: القاعدة السّادسة [٦]

[البَدَلُ عمَّا ليس بواجبٍ ليس بواجبٍ]

ذكرها ابن رشد في مسألة حكم سجود السّهو أهو فرض أم سنّة؟؛ ذكرها دليلاً لِمَن قال بأنّه سنّة؛ حيث قال: «وذهب الشّافعي إلى أنّه سنّة...،وأمّا الشّافعي فحمل أفعاله النّبيّ ﷺ في ذلك على النّدب، وأخرجها عن الأصل بالقياس؛ وذلك أنّه لَمّا كان السّجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرضٍ وإنّما ينوب عن ندبٍ، رأى أنّ **البدل عمّا ليس بواجب ليس هو بواجبٍ**[١]»[٢].

توثيقها:

ورد ذكر القاعدة أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

جاء في بدائع الصّنائع: «الْخلَف لا يخالف الأصل في الشّروط»[٣].

وفيه أيضاً: «البدل لا يخالف الأصل»[٤].

وجاء فيه أيضاً: «حكم البدل يعتبر بأصله»[٥]. و«حكم البدل حكم الأصل»[٦].

---

(١) انظر: المهذّب ٢٩٨/١، وروضة الطّالبين ٢٩٨/١، والمجموع ٥١/٤، وشرح القلشاني ص ٨١٦.

(٢) بداية المجتهد ٤٤٨/١.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساكني ١٧٨/١.

(٤) بدائع الصّنائع ٦١٦/١، وانظر: ١٠٦/١، و٢٦٣/٢.

(٥) بدائع الصّنائع ١١٠/٢.

(٦) بدائع الصّنائع ٢٢٦/٦، و٣٠٩/٣.

وجاء فيه أيضاً: «لأنّ بدل الشّيء قائمٌ مقامه»[١]، أي: مقام المبدل.

وجاء فيه أيضاً: «تقرّر المبدل يوجب تقرّر البدل»[٢].

وجاء فيه أيضاً: «والدّليل على أنّ المتعة ههنا واجبةٌ؛ أنّها بدل الواجب، وهو نصف مهر المثل، وبدل الواجب واجب؛ لأنّه يقوم مقام الواجب ويحكي حكايته، ألا ترى أنّ التّيمّم لما كان بدلاً عن الوضوء والوضوء واجب كان التّيمّم واجباً»[٣].

وجاء فيه أيضاً: «والدّليل عليه -أي: أنّ كفّارة اليمين عبادة- أنّ للصّوم فيه مدخلاً على وجه البدل، وبدل العبادة يكون عبادة»[٤].

ما جاء في الجامع لأحكام القرآن: «لما جعل الله -سبحانه- شهادةَ امرأتين بدلَ شهادةِ رجلٍ وجب أن يكون حكمُهما حكمه؛ فكما له أن يحلف مع الشّاهد عندنا... يجب أن يحلف مع شهادة امرأتين بِمُطْلَق هذه العِوَضية»[٥].

جاء في الذّخيرة: «البدل يقوم مقام المبدل»[٦].

وجاء فيه أيضاً: «الأصل مساواة البدل للمبدل»[٧].

---

(١) بدائع الصّنائع ٢/٩٠، و٩٨، و٥/٢٢٢، وانظر: الإنصاف ١١/١٣٠-١٣١.

(٢) بدائع الصّنائع ٢/٥٨٩.

(٣) بدائع الصّنائع ٢/٦٠٢.

(٤) بدائع الصّنائع ٣/٢٠، و٤/٢٥٣-٢٥٤، .

(٥) تفسير القرطبي ٣/٣٧٢، وانظر: الطّرق الحكمية ص ١٥٦، و١٦٧.

(٦) الذّخيرة ٢/٢٣، و٤/١٥٧، و٨/١٤٨، وانظر: بدائع الصّنائع ٦/٥٦، ومجموع الفتاوى ٢١/٣٥٤.

(٧) الذّخيرة للقرافي ١/٣٢٤، و٥/٦٥، و٦٧، و١٢/٢٢٥.

وفيه أيضاً: ((فقد قصّر البدل عن المبدل، والأصل المساواة بينهما))[١].

وجاء في شرح الزّرقاني على الموطّأ: ((وليكون البدل على وفق الأصل))[٢].

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: ((الثّانية[٣]: يلزمه استيعابها؛ لأنّها بدلٌ من جنس المبدل، فاعتبر كونه مثله)).

وجاء في المغني: ((البدلُ يَتْبَعُ الأصلَ ولا يَتْبَعُ الأصلُ البدلَ))[٤].

وجاء فيه أيضاً: البدل يُقَدَّرُ بقدر المبدل[٥].

وجاء فيه: ((ووقت وجوب الصّوم وقتُ وجوب الْهَدي؛ لأنّه بدلٌ؛ فكان وقتُ وجوبه وقتَ وجوبِ الْمُبْدَل؛ كسائر الأبدال))[٦].

وجاء فيه: ((لا يجب البدل ما لم يوجد المبدل))[٧].

وجاء فيه: ((ويجب أن يكون بدلها -الأضحية- مثلَها أو خيراً منها...))[٨].

جاء في الفروع: ((سجودالسّهو بدلٌ عمّا ليس بواجبٍ فلا يجب؛

---

(١) الذّخيرة للقرافي ١/٣٢٤، وانظر: شرح القلشانِي ص ٨١٦.

(٢) شرح الزّرقانِي على الموطّأ ١/٤٢٩.

(٣) أي: الرّواية الثّانية: أنّ مَن مسح العمامة فإنّه يلزمه استيعاب المسح. الكافي في فقه ابن حنبل ١/٣٩، وانظر: المغني ١/١٨٦.

(٤) المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ٨/٢٩٢.

(٥) انظر: المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ١/١٨٦.

(٦) المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ٥/٣٦٥.

(٧) المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ١٠/١٦٠، وانظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٣.

(٨) المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ٩/٣٦٠.

لأنّ البدل آكد»[١].

وجاء في مجموع الفتاوى: «حكم البدل حكم المبدل منه»[٢].

وجاء في شرح العمدة: «الأصل أنّ البدل يحكى المبدل لاسيما المبدل من الجنس»[٣].

وجاء فيه -أيضاً-: «البدل يقوم مقام المبدل»[٤].

وجاء في القواعد: «يقوم البدل مقام البدل، ويسدّ مسدّه، ويُبْنَى حكمه على حكمه في مواضع كثيرة»، و«لأنّ ما ثبت للمبدل يثبت للبدل»[٥].

المعنَى الإجمالي للقاعدة:

الواجب في الأصل الذي هو المبدل، وفرعه الذي هو البدل أن يكونا مُتَسَاوِيَين في حكمٍ على وجهٍ لا يخلو حكم كلّ جزءٍ من جانب الأصل عن حكم كلّ جزءٍ من جانبِ البدل؛ لأنّ هذا حقيقةُ المبادلة، فإذا كان الأصل واجباً وثابتاً وجب أن يكون البدل مثله، والعكس كذلك. كالوضوء لما كان واجباً كان التّيمّم عند تعذّره واجباً، ولَمَّا لم يكن المتروك من الصّلاة فرضاً لم يكن بدله وهو سجود السّهو واجباً. وأمّا في الصّفة والكيفية فلا يشترط تساوي الأصل والبدل[٦].

---

(١) ذكره في مثل المسألة التي ذكر ابن رشد فيها القاعدة، وهي: هل سجود السّهو واجب أم لا؟ الفروع ١/٤٥١.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/١٣٩.

(٣) شرح العمد لابن تيمية ١/٢٧٦، و٢٨٧.

(٤) شرح العمد لابن تيمية ١/٤٣٤، ٤٣٩.

(٥) قواعد ابن رجب قاعدة: (١٤٣) ص ٦٥٤.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٢٤٠، و٤/٤٠٢، وقواعد ابن رجب ص ٦٥٤، ومجموع =

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

أجمعت المذاهب الفقهية على إعمال القاعدة وتطبيقاها، كما يظهر في النّقولات عنهم عند توثيق القاعدة[(١)].

وذلك لأنّ حقيقة المبادلة تقتضي التّساوي بين الأصل المبدل منه و الفرع الذي هو البدل من حيث الحكم.

من تطبيقات القاعدة:

١- أنّ التّيمّم واجبٌ وشرطٌ؛ لأنّه بدلٌ عن الوضوء وهو واجبٌ وشرطٌ[(٢)].

٢- يجب استيعاب الكفّين والوجه بالمسح في التّيمّم؛ لأنّ التّيمّم بدل عن الوضوء، والاستيعاب في الأصل في تمام الرّكن فكذا في البدل[(٣)].

٣- يجوز التّيمّم قبل وبعد دخول وقت الصّلاة؛ لأنّه بدل عن الوضوء، والأصل أن يقوم مقامه في جميع أحكامه فلا يخرج عن ذلك إلا بدليلٍ، ويعمل عمله في رفع الحدث، وإباحة الصّلاة ما لم يحدث أو يجد الماء[(٤)].

=

الفتاوى ٢١/٣٥٤.

(١) انظر: المراجع السّابقة عند توثيق القاعدة.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٦٠٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٦٨.

(٤) هذا مذهب الحنفية، والظّاهرية، وقولٌ عند المالكية والشّافعية والحنابلة.

وذهب جمهور المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية إلى اشتراط دخول الوقت للتّيمّم؛ لأنّه بدل ضروري. فبناء على ذلك لا يجمع بين فرضين بتيمّمٍ واحدٍ، ولا يرفع الحدث، ولا يتقدّم على الوقت، وأنّ الطّلب واجبٌ لكلّ صلاة.

ولعلّ المذهب الأوّل هو الذي يترجّح في نظري؛ لأنه موجَب الأصول؛ وقد ثبت

=

=

بالكتاب والسّنة أنّ التّراب طهورٌ كما أنّ الماء طهورٌ، وجعلا التّراب يقوم مقام الماء ويعمل عمله في إباحة الصّلاة، وحصول الطّهارة، ورفع الحدث. قال الإمام أحمد: ((هذا هو القياس)).

انظر: مجموع الفتاوى ٢١/٤٣٦.

قال تعالى: ﴿وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً لِّيُطَهِّرَكُم بِهِۦ﴾، [الأنفال من الآية: ١١].

وقال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً طَهُورًا﴾، [الفرقان من الآية: ٤٨].

ووجه الدّلالة منهما: أنّ الله تعالى جعل الماء طهوراً.

وقال تعالى: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُوا۟ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ﴾، [النّساء من الآية: ٤٣].

وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُوا۟ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ وَٱمْسَحُوا۟ بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَٱطَّهَّرُوا۟ وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُوا۟ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ﴾، [المائدة من الآية: ٦].

ووجه الدّلالة منهما: أنّ الله جعل التّراب يقوم مقام الماء مطلقاً إلى حين وجود الماء، وأنّه يريد أن يُطَهِّر الإنسان بالتّراب كما يطهِّره بالماء؛ فيأخذ حكم مبدله.

وقال النّبيّ ﷺ : ((أُعْطيتُ خَمْساً لم يُعْطَهُنَّ أحدٌ قبلي...))؛ فذكر منها: ((وجُعِلَتْ لِيَ الأرض مسجداً وطَهوراً...))، واللّفظ المذكور للبخاري.

أخرجه البخاري من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه في صحيحه ١/٥١٩، كتاب التّيمّم، برقم: (٤٢٧)، ومسلم في صحيحه ١/٣٨٠، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، برقم: (٥٢١).

وأخرجه مسلم من حديث حذيفة رضي الله عنه بلفظ: ((فُضِّلْنَا علَى النّاس بثَلاث... وَجُعِلَتْ لَنَا الأرضُ كُلُّهَا مَسْجداً، وَجُعلَت تُرْبَتُهَا لَنَا طَهُوراً إِذَا لَمْ نَجْد المَاءَ))، صحيح مسلم ١/٣٧١، رقم: (٥٢٢)، ومن حديث أبي هريرة رضي الله

=

=

عنه برقم: (٥٢٣).
وقال ﷺ : «الصّعيد الطّيّب طهور المسلم، وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجد الماء فَلْيُمسَّه بشرتَه؛ فإنّ ذلك خير».
من حديث أبي ذرّ رضي الله عنه، أخرجه أبو داود في سننه ٣٣٦/١ ،و٣٣٧، كتاب الطّهارة، باب الجنب يتيمّم، برقم: (٣٣٢، و٣٣٣)، والتّرمذي في سننه ٢١٢/١، كتاب الطّهارة، باب التّيمّم للجنب إذا لم يجد الماء، برقم: (١٢٤)، واللّفظ له، والحاكم في المستدرك برقم: (٦٢٧).
والحديث صحيح. قال التّرمذي ٢١٣/١: «وهذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ»، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح و لم يُخرّجاه»، ووافقه الذّهبي، وصحّحه النّووي، وبوّب به الإمام البخاري في الصحيح.
وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (٣١١، و٣٢١، و٣٢٢)، وإرواء الغليل برقم: (١٥٣، و١٥٤)، والجامع الصّغير برقم: (٢٥٤٦، و٢٥٤٧، و٧٣٠٧)، ومشكاة المصابيح برقم: (٥٣٠).
انظر: سنن التّرمذي ٢١٣/١، والمستدرك ٢٨٤/١، والمجموع ٢٢/١، و٢٠١، و١٦٧/٢، و١٩٤، و٢٣٥، وتخريج أحمد محمّد شاكر للحديث عند التّرمذيّ ٢١٣/١.
ووجه الدّلالة من الحديثين: أنّ النّبيّ ﷺ أخبر أنّ الصّعيد الطّيّب طهور المسلم، وأنّ الأرض مسجدٌ وطهورٌ؛ فجعله مُطَهِّراً ووضوءاً عند عدم الماء مطلقاً؛ و لم يقيّد ذلك بوقت، و لم يقل إنّ خروج الوقت يبطله، كما ذكر أنّ القدرة على استعمال الماء يبطله؛ فدلّ على أنّ التيمّم بمَنْزلة الماء عند عدم الماء، وأنّه مطهِّرٌ ومزيلٌ للحدث كالوضوء، إلاّ أنّ زوال الحدث بالتّيَمّم مؤقّتٌ إلى غاية وجود الماء، وهذا موجب الأصول.
ولأنّه وقتٌ يصلح للمبدل فصلح للبدل.
أمّا نزاعهم في: هل التّيمّم يرفع الحدث أم لا؟ فإنّما هو مسألةٌ نظريّةٌ، والخلاف فيه لفظيٌّ.
والقول برفع الحدث رفعاً مؤقّتاً إلى حين القدرة على استعمال الماء هو قول الإمام مالك؛ لأنّ رفع الحدث بالتّيمّم ملغيٌّ بطريان الماء؛ كما أنّ رفع الوضوء ملغيٌّ بطريان الحدث.
واستدلال مَن قال: إنّه لا يرفع الحدث، وأنّ الحدث قائمٌ ولكنّه تستباح به الصّلاة؛

=

=

لعدم الجمع بين فَرْضَين بتيمّمٍ واحد. يردّ عليه أَثَرٌ مَرويٌّ عن عليّ رضي الله عنه أنّه يرى ألاّ يجمع بين فَرْضَين بوضوءٍ واحد. ومثله عن ابن عمر وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، مع أنّه لم يقل أحدٌ: إنّ الوضوء لا يرفع الحدث؛ فكذلك التّيمّم.
وأمّا استدلالهم على عدم الجمع بين صلوات بأنّه هو الأصل فيه كما في الوضوء؛ لقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ ﴾، إلى قوله: ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ ﴾، [المائدة من الآية: ٦]، والشّروط اللّغوية أسبابٌ، والأصل ترتيب المسبّبات على الأسباب.
وكذا استدلالهم بأثر عليّ المتقدّم قريباً، ومثله عن ابن عمر، وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، فهو ضَعيفٌ لا يُعَارَضُ به ما سبق ذكره من الأدلة الصّحيحة الصّريحة، وقد يقال: إنّ الآية محمولةٌ على وقت الوجوب فلا تجب الطّهارة إلاّ عند القيام للصّلاة.
ثَمرة الخلاف:
قال الكاساني: «وعلى هذا الأصل –أي: أنّ التّيمّم بدلٌ مطلقٌ– يُبنَى جوازُ التّيمّم قبل دخول الوقت. ويجوز أن يؤدِّي به فرضاً آخر غير ما تيمّم لأجله. وله أن يصلّي به النّوافل. وإذا تيمّم للنّفل يجوز له أن يؤدِّي به النّفل والفرض» انظر: بدائع الصّنائع ١/١٨٥.
وقال القرافي: «فائدةرفع الحدث هي:وَطْءُ الحائض إذاطهرت به.ولِبْسُ الخُفَّين به.وعدم وجوب الوضوء إذا وجد الماء بعده.وإمامة المتيمّم المتوضئين من غير كراهة.والتّيمّم قبل الوقت».الذّخيرة ١/٣٦٧.
انظر: أحكام الجصاص ١/٢٠١، وبدائع الصّنائع ١/١٨٣، ١٨٥، و١٨٧، ورسالة القيرواني ص ١٠٢، والمعونة ١/١٤٩، والتّلقين ص ٧١، والمقدّمات ١/١١٦-١٢٠، وعارضة الأحوذي ١/١٩٤-١٩٥، وعقد الجواهر ١/٥٦، و٦٣، وجامع الأمّهات ص ٦٦، والذّخيرة ١/٣٦٠، و٣٦٦-٣٦٧، وشرح القلشاني ص ٥٨٢، والمهذّب ١/١١٨، و١٢١-١٢٢، و١٢٧-١٢٩، والمجموع ٢/١٩١-١٩٤، و٢٣٤-٢٣٥، ومجموع الفتاوى ٢١/٣٥٢-٣٦٣، و٤٢٧-٤٢٨، و٤٣٥-٤٤٠، وزاد المستقنع ص ١٥، ومنتهى الإرادات ١/٢٦، وشرح منتهى الإرادات ١/١٧٨، والمحلّى ١/٧٤-٧٥، و٢/٩٨-٩٩، و١٢٦-١٣٣، وقواعد ابن رجب، ص ٦٥٤ هامش (١)، وسبل السلام ١/٦٦ و٩٧، و١٠٠، والشّرح الممتع
=

٤- أنّ تعيين الفريضة لا يشترط في صحّة التّيمّم كما لا يشترط في الوضوء[١].

٥- مَن تيمَّم للحدث ونسي الجنابة، أو للجنابة ونسي الحدث لم يجزئه؛ لأنّ ذلك لا يجزئ في الماء وهو الأصل ففي البدل أولى[٢].

٦- أنّ مَن مسح العمامة يلزمه استيعابها؛ لأنّها بدل من جنس المبدل فاعتبر كونه مثله[٣].

٧- أنّ صلاة العيدين سنّة؛ لأنّها بدل صلاة الضّحى، وتلك سنة؛ فكذلك هذه؛ لأنّ البدل لا يخالف الأصل في الحكم[٤].

٨- مَن مات وعليه قضاء الصّوم الواجب يجب على أوليائه ما يقوم مقام الصّيام؛وهو فدية الإطعام؛يطعم عنه عن كلّ يومٍ مسكينٌ؛ لأنّه بدلٌ عن الصوم فيأخذ حكمه.ولا يُصامُ عنه؛لأنّ الصّوم عبادةٌ لا يتأدّى بطريق النّيابة؛ فكذا البدل،والبدلُ لا يخالف الأصلَ[٥].

=

١/٣١٤-٣١٧.

(١) انظر: المهذّب ١/١١٨، والمجموع ٢/١٩٢.

(٢) وذكر القرافي في المسألة قولين، ورجّح الإجزاء؛ لأنّ المقصود ارتفاع المنع من الصّلاة وهو واحدٌ فلا يضرّ اختلاف أسبابه، ولأنّ الأدنَى يتبع الأعلى في نظر الشّرع. انظر: الذّخيرة ١/٣٥١، والكافي في فقه ابن حنبل ١/٦٤.

(٣) انظر: الكافي في فقه ابن حنبل ١/٣٩.

(٤) القول بأنّ صلاة العيدين سنّةٌ واجبةٌ هو مشهور المذاهب الثّلاثة والظّاهرية، وقولٌ للحنابلة.

والقول الثّاني: أنّها فرض كفائي. وهو المذهب عند الحنابلة، وقولٌ للمذاهب الثّلاثة.

انظر: بدائع الصّنائع ١/٦١٦، ورسالة القيرواني ص ١٤٤، والتّلقين ص ١٣٥، والمقدّمات ١/١٦٥-١٦٦، والمهذّب ١/٣٨٦، والمجموع ٥/٥-٦، والإنصاف ٢/٤٢٠، وزاد المستقنع ص ٣٧، ومنتهى الإرادات ١/٩٧، والمحلّى ٢/٢٢٦، و٢٤٨.

(٥) وهو مذهب الحنفية، والملكية، وأشهر قولين عند الشّافعية، والحنابلة في صوم

=

٩- حيث وجبت الكفارة على الولي بسبب الصّبيّ ودخلها الصّوم صام عنه لوجوبها عليه ابتداء[١].

١٠- أنّ الهدي في تَمتّع الحجّ فرضٌ فيكون بدله الذي هو الصّوم المقيَّد على صفة مخصوصة فرضاً؛ لأنّ البدل يحكي المبدل[٢].

١١- استيفاء المبدل والتّمكّن منه يوجب البدل في عقود المعاوضات؛ فيجب المهر باستيفاءالمعقود عليه وهو البضع،ويجب الثّمن باستيفاء المثمن، وتجب الأجرة باستيفاء المنفعة المعقود عليها، فلو تعذّر تسليم المعقود عليه قبل القبض أو الاستيفاء فلا يجب البدل[٣].

١٢- لو تزوّج امرأتين على ألف درهمٍ فقبلتا فالنّكاح جَائزٌ، ويُقْسَمُ الألف بينهما على قدر مهر مثليهما؛ لأنّه جعل الألف بدلاً عن بضعَيهما، والبدل يُقسَم على قدر قيمة المبدل، والمبدل هو البضع، فيُقْسَم البدل

=

رمضان.

والمذهب الثّاني: الجزم بجواز صوم الوليّ عن الميّت، سواء صوم رمضان والنّذر وغيره من الصّوم الواجب وهو أصحّ قولين عند الشّافعية، والظّاهرية، والحنابلة في صوم النّذر.

انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٦٣، والاستذكار ٣/٢٢٢-٢٢٦، والذّخيرة ٢/٥٢٤، وتفسير القرطبي ٢/٢٨٠-٢٨١، والمهذّب١/٦٠٤، والمجموع٦/٢٦٨-٢٧٠-٢٧٢، ومختصر الخرقي ٣/٣٩، و١٠/٨٦، والمغني ٣/٣٩-٤٠، و١٠/٨٦-٨٧، والإنصاف ٣/٣٤١، والمحلّى ٧/٢-٨، و٧٠، و١/٥٨.

(١) انظر: الإنصاف ٣/٣٩٤.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ١/٣٦٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٥٧٩-٥٨٢،و٥٨٤-٥٩٠،و٦٥٤،و٣/٢٣٩،و٤/٢٤-٢٥،و٣٤.

الذي هو الألف على قدر قيمته وهي مهر المثل؛كما لواشترى عبدين بألف درهمٍ أنّه يُقْسَم الثّمن على قدر قيمتيهما[1].

١٣- أنّ المتعة واجبةٌ للمطلّقة قبل الدّخول في نكاحٍ لا تسمية فيه، ولا فُرِضَ بعده، أو كانت التّسمية فيه فاسدةً؛لأنّ المتعة بدلٌ عن نصف مهر المثل أو المفروض، وهو واجبٌ؛ وبدل الواجب واجب؛ لأنّه يقوم مقام الواجب ويحكي حكايته[2].

١٤- لو قالت المرأة لزوجها: طلّقْني ثلاثاً على ألف، أو بألف درهم فطلّقها ثلاثاً يقع عليها ثلاث تطليقات بألف، وهذا لا إشكال فيه، ولو طلّقها واحدةً وقعت واحدةً بائنةً بثلث الألف؛ لأنّ الأصل أنّ أجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدل إذا كان متعدّداً والبدل عمّا ليس بواجبٍ لا يكون واجباً[3].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧٦/٢-٥٧٧.

(٢) القول بوجوب المتعة قول عامّة العلماء؛ وقيل: مستحبّة. وهو قولٌ للمالكية.
ودليلهم جميعاً قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾، [البقرة الآية: ٢٣٦].
انظر: بدائع الصّنائع ٦٠١/٢-٦٠٢، و٦٠٤، ورسالة القيرواني ص ٢٠٣، والاستذكار ١٢٥/٥-١٢٨، وأحكام ابن العربي ٢٩١/١، والتّاج والإكليل ٢٩٨/٥، وعقد الجواهر ٤٩٦/٢، وتفسير القرطبي ١٨٩/٣، وشرح ابن ناجي مع زروق ٦٣/٢، والمهذّب مع المجموع ٥١/١٨-٥٢، ومختصر الخرقي ١٨٢/٧، والمغني ١٨٣/٧-١٨٥، والإنصاف ١٨٢/٨، و٢٨٠، و٢٨١، و٢٩٩، و٣٠٠، والمحلّى ٢٤٦/١٠-٢٤٨.

(٣) وهذا مذهب الحنفية، والمالكية وقولٌ للشّافعية إذا لم يطل الفصل.

=

١٥- ولو قالت امرأتان: طلّقنا بألف درهمٍ أو على ألف درهمٍ فطلّقهما يقع الطّلاق بألف، ولو طلّق إحداهما وقع الطّلاق عليها بحصّتها من الألف دون الأخرى؛ لأنّ البدل عمّا ليس بواجبٍ لا يكون واجباً[1].

١٦- لو قتلت الحرّة نفسها قبل استيفاء المعقود عليه سقط المهر عن الزّوج؛ لأنّها فوّتت على الزّوج حقّه في المبدل، وعدم تقرّر المبدل بالتّفويت يوجب عدم تقرّر البدل[2].

١٧- ولو قتل المولى أمته سَقَطَ مَهْرُهَا؛ لأنّ مَن له البدل فَوَّتَ المبدل على صاحبه،وهذا يُوجِبُ سقوط البدل؛ كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض؛ ولأنّ المهر وقت فوات المبدل ملك المولى وحقّه، والإنسان يملك التّصرّف في ملك نفسه استيفاءً وإسقاطاً[3].

=

لأنّها استدعت منه فعلاً بعوضٍ فإذا فعل بعضه استحقّ بقسطه من العوض؛ كما لو قال: مَن ردَّ إِلَيَّ بضاعتِي فله ألف، فردَّ ثلثها استحقّ ثلث الألف. وكذلك في بناء الحائط، وخياطة الثّوب.

والمذهب الثّاني: يقطع الطّلاق واحدةً رجعيّةً و لم يستحقّ الزّوج شيئاً. وهو من مفردات الحنابلة، وبه قال أبو حنيفة فيما إذا قال: (على ألف).

انظر: الجامع الصّغير ٢١٧/١، وبدائع الصّنائع ٢٤٠/٣، ومغني المحتاج ٢٧٤/٣، والمنثور للزّركشي ١٣٨/١-١٣٩، وأشباه السّيوطي ص ٧١٨، ومختصر الخرقي ٢٦٢/٧، والمغني ٢٦٢/٧، و٢٦٩، و٢٧٤، والكافي لابن قدامة ١٤٩/٣، والإنصاف ٤١٤/٨-٤١٥، ومنتهى الإرادات ١٣٥/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٥/٥.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢٤٠/٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٩/٢، و٦٥٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٩/٢.

١٨- أنّ العدّة بالأشهر في حقّ الآيسة والصّغيرة والبالغة التي ارتفع حيضها لم تَدْرِ ما رفعه بدلٌ عن الأقراء؛ والأصل مقدَّرٌ بالثّلاث[1] فكذا البدل[2].

١٩- وإن كانت أمةً فشهرٌ ونصف شهرٍ؛ لأنّ حكم البدل حكم المبدل، وقد تنصّف المبدل فينتصّف البدل[3].

٢٠- أنّ البدل -الأجر- في استئجار الصّنّاع والعمّال لا يجب تسليم منه إلاّ عند انتهاء المدّة؛ حتّى قالوا في الحمّال: ما لم يحطّ المتاع من رأسه لا يجب الأجر؛ لأنّ الحطّ من تمام العمل؛ وما لم يوجد لا يقابله البدل[4].

٢١- وقفية بدل الوقف بالشّراء نفسه؛ لاستدعاء البدلية ثبوت حكم الأصل للبدل[5].

٢٢- مَن نذر عتق عبدٍ معيَّنٍ فأتلفه أجنَبِي، ثبتت لسيّده القيمة، ويلزمه صرفها في العتق؛ لأنّ البدل قائم مقام المبدل[6].

٢٣- قال في الجامع لأحكام القرآن: لَمّا جعل الله سبحانه شهادةَ امرأتين بدلَ شهادةِ رجلٍ؛ وجب أن يكون حكمُهما حكمه؛

---

(١) بنص في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾، [البقرة من الآية:٢٢٨].

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٠٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٠٩.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٢٤، و٦٣.

(٥) انظر: الإنصاف ٧/٤٠، و١٠٩، و١١٠.

(٦) انظر: الإنصاف ١١/١٣٠-١٣١.

فكما له أن يحلف مع الشّاهد، ويجب أن يحلف مع شهادة امرأتين بمُطْلَق هذه العوَضية[١].

٢٤- أنّ الأوراق النّقدية بدلٌ لما تفرّعت عنه، وهما النّقدان: الذّهب والفضّة، والبدل له حكم المبدل عنه مطلقاً. ويلزم من هذا[٢]:

أوّلاً: أنّ الأوراق النّقدية قائمةٌ بذاهًا في الثّمنية مقام ما تفرّعت عنه من ذهب أو فضّة، حالّة محلّها، جارية مجراها.

ثانياً: أنّه إذا زالت الثّمنية أصبحت مجرّد قصاصات من الورق لا تساوي بعد إبطالها شيئاً مما كانت تساويه من ذي قبل.

ولهذا يثبت لها حكم النّقدين؛ لأنّ البدل له حكم المبدل عنه مطلقاً؛ فما ثبت للمبدل يثبت للبدل، ويترتّب على ذلك أحكامٌ منها[٣]:

أوّلاً: جريان الرّبا بنوعيه -فضلاً ونساءً- فيها، كما يجري في النّقدين تَماماً، وهذا يقتضي ما يلي:

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٣/٣٧٢، وانظر أيضاً: الطّرق الحكمية ص ١٥٦، و١٦٧.

(٢) مسائل الأوراق النّقدية من مستجدّات العصر، وما ذكرته هنا يعتبر خلاصة ما ترجّح من بحوث العلماء المعاصرين والمجامع الفقهية المعاصرة.
انظر: التّلقين ص ٣٨٠، ومجلّة البحوث الإسلامية ع٤٠، ٢٩٩-٣٤٥،ومجلّة مجمع الفقه الإسلامي ع٣، ج٣، ص: ١٩٠٣، وع٥، ج٣، ص: ١٦١٦، و١٦٣٧-١٦٦٤، ١٧٤٩، و١٧٦٢ فما بعدها، و٢٢١١ فما بعدها، وفتاوى اللّجنة الدّائمة ١٣/١٧٣، فتوى رقم: (٣٠٦٥)، وزكاة الأسهم والسّندات والورق النّقدي، للدّكتور صالح السّدلان.

(٣) انظر: مجلّة البحوث الإسلامية ع٤٠، ص ٣٠٥ فما بعدها، وزكاة الأسهم ص ٣٨ فما بعدها.

١-أنّ الأوراق النّقدية تعتبر أجناساً مختلفةً تتعدّد بتعدّد جهات الإصدار في البلدان المختلفة؛بمعنَى:أنّ الورق السّعودي جنسٌ، والـورق النّـيجيري جنسٌ، وهكذا كلّ عملةٍ ورقيةٍ جنسٌ مستقلٌّ بذاته، ولا يجوز الـورق النّقدي بعضه ببعضٍ أو بغيره من الأجناس النّقدية الأخرى من ذهبٍ أو فضةٍ أو غيرهما نسيئةً مطلقاً، ولا متفاضلاً بدون تقابضٍ.

٢-لا يجوز بيع الجنس الواحد منها بعضه ببعضٍ متفاضلاً، سواء كـان نسيئةً أم يداً بيدٍ، فلا يجوز مثلاً بيع عشرة أريلة سعودية ورق بأحـد عشر ريالاً سعودياً ورق.

٣-إذا اتّفق جنسان من الورق النّقدي في الاسم؛ وأحدهما متفرّعٌ عـن ذهبٍ، والآخر عن فضة جاز فيهما التّفاضل إذا كان يداً بيدٍ؛ فيجوز مثلاً بيع ريالٍ سّعوديٍّ من الفضّة بثلاثة أريلة سعودية من الـورق أو أقلّ أو أكثر يداً بيدٍ.

٤-يجوز بيع بعضه ببعضٍ من غير جنسه مطلقاً إذا كان يداً بيدٍ، فيجوز بيع النّيرة النّيجيرية بالرّيالِ السّعودي ورقاً كان أو فضةً، أقلّ من ذلك أو أكثر يداً بيدٍ.

٥-يشترط التّساوي في القيمة عند اتّفاق نوعين من الورق متفرّعاً عـن ذهبٍ أو فضةٍ؛ كالرّيال السّعودي والنّيرة النّيجيريـة مـثلاً، ويمتنـع التّفاضل حينئذٍ بينهما.

٦-أنّ الأوراق النّقدية تأخذ أحكام النّقود في كـلّ الالتزامـات الـتي تفرضها الشّريعة فيها.

ثانياً: ثبوت الزّكاة فيها متَى بلغت قيمتها أدنَى النّصابين من ذهبٍ أو فضّةٍ،

واستكملت شروط الزّكاة، أو كانت تكمل النّصاب مع غيرها من الأثمان والعروض المعدّة للتّجارة إذا كانت مملوكةً لأهل وجوبها.

ثالثاً: جواز السَّلَم بها.

رابعاً: تغيّر قيمة العملة النّقدية وأثره في التّعامل والدّيون[1]:

النّقود الورقية الموجودة رغم أنّ لها صفةً ثَمنيةً إلاّ أنّها قد ترتفع قيمتها الشّرائية وقد تقلّ؛ فهل تعتبر المائة في حال التّضخّم مثل المائة في حال الانكماش في أداء الحقوق والالتزامات؟

١- اتّفق الفقهاء على أنّ الدّين الثّابت في الذّمة إذا كان من الدّنانير والدّراهم يؤدَّى بمثله قدراً وصفةً، سواء غلت قيمته أو رخصت عند حلول وقت الأداء، ولا يلزم غير ما اتّفق عليه[2]. بناءً على هذا:

٢- فإنّ العبرة في وفاء الدّيون والحقوق والالتزامات الثّابتة في الذّمة بالعملة الورقية بالمثل قدراً وصفةً لا بالقيمة؛ لأنّها بدلٌ عن النّقدين والبدل يأخذ حكم المبدل، وهذا الذي استقرّ عليه الفقه الإسلامي عبر العصور، فلا يكون تغيّر العملة مع رواجها موجباً للتّعويض؛ لأنّ التّعويض تكتنفه عدّة محاذير شرعية أهمّها وأخطرها ربا الفضل والنّسيئة. والله تعالى أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة وبه التّوفيق والعصمة.

---

(١) انظر: المصدرين السّابقين.

(٢) انظر: التّلقين ص ٣٧٩، والمحلّى٩/٥٠٩، ومجلّة مجمع الفقه الإسلامي ع ٥، ج٣، ص ١٦٣٧-١٦٤٢.

المبحث السّابع: القاعدة السّابعة [٧]

[إذا ارتَفَعَ السَّبَبُ؛ ارْتَفَعَ المُسَبَّبُ الذي يَقْتَضِيه ضَرُورَةً]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل أنواع النّجاسات، المسألة الأولى: ميتة[١] الحيوان، مُدَلِّلاً ومُرَجِّحاً بها القولَ القائلَ: إنّ الدَّمَ ليس هو سبباً لتحريم الميتة؛ حيث قال: «المسألة الأولى: ميتة الحيوان:

اختلفوا[٢] في ميتة الحيوان الذي لا دَم له، وفي ميتة الحيوان البحري؛ فذهب قومٌ إلى أنّ ميتة ما لا دم له طاهرةٌ، وكذلك ميتة البحر، وهو مذهب مالك وأصحابه[٣].

---

(١) الميتة، هي: الحيوان الذي فارق روحه بغير ذكاة شرعية، مِمّا يَحتاج إلى ذكاةٍ، أو بوجه ليس بذكاة، مثل: ذبح المجوسي، أو بغير آلّة الذّبحٌ.
انظرْ: المعونةَ ٢/٦٩٥ٍّ، وفتح الباري ٤/٤٩٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٤٠.

(٢) بعد أن ذكر اتّفاقهم على نَجاسات ما يلي:
١- ميتة الحيوان ذي الدّم الذي ليس بمائي، أي: بَرِّيّ.
٢- لَحم الْخِنْزير بأيّ سبب ذهبت حياته.
٣- الدَّم المسفوح من الحيوان الذي ليس بِمائي، سواء انفصل من الحيّ أو من الميت، إذا كان مسفوحاً، أي: كثيراً.
٤- بول بني آدم ورجيعه. انظر: بدائع الصّنائع ١/١٩٧-٢٠٣، وبداية المجتهد ١/١٩٣، وشرح مسلم للنّووي ٣/١٩٠.

(٣) وهو مذهب الحنفية والحنابلة، وقولٌ عند الشّافعية، صحّحه النّووي، ونقل أنّ الصّواب طهارة ما لا نفس له سائلة؛ حيث قال في المجموع ١/٤٩: «فإذا مات ما لا نفس لها سائلة في دون القلّتين من الماء، فهل يَنْجُس؟ فيه قولان مشهوران...، والصّحيح منهما أنّه لا يَنْجُسُ الماء، هكذا صحّحه الجمهور...، والصّواب الطّهارة، وهو قول جمهور =

وذهب قومٌ إلى التّسوية بين ميتة ذوات الدّم، والتي لا دم لها في النّجاسة، واستثنوا من ذلك ميتة البحر، وهو مذهب الشّافعي، إلاّ ما وقع الاتّفاق على أنّه ليس بِميتةٍ؛ مثل: دود الخل، وما يتولّد في المطعومات[1].

وسوّى قومٌ بين ميتة البرّ والبحر، واستثنوا ما لا دَم له، وهو مذهب أبي حنيفة[2].

وسبب اختلافهم:اختلافهم في مفهوم قوله -تعالى-: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾[3]، وذلك أنّهم فيما أحسب اتّفقوا أنّه من باب العام[4] أُرِيدَ به الخاصّ[5]، واختلفوا أيُّ خاصٍّ أُرِيدَ به، فمنهم مَنِ استثنَى

=

العلماء، بل نَسَبَ جَمَاعَةٌ الشّافعيَّ إلى خرق الإجماع في قوله الآخر بالنّجاسة».
انظر: الهداية ١/١٩، وعقد الجواهر ١/١١، وإجماع ابن المنذر ص ٤، والمهذّب ١/٢٨، والمجموع ١/٤٩-٥١، وشرح منتهى الإرادات ١/٢١٢-٢١٣.

(١) انظر: المهذّب ١/٢٨، والمجموع ١/٤٩-٥١.

(٢) أي: سوَّوا بين ميتة البرّ والبحر في نَجاسة مَيتَتهما، هذا الذي نسبه للحنفية فيه نظرٌ، بل مذهبهم استثناء ميتة ما لا دمّ له سائلة، وكذلك استثناء ميتة البحر، فإنّهما طاهرتان، كما قال المالكية والحنابلة، حيث قال الحنفية في ميتة البحر: لأنّه مات في معدنه فلا يُعطَى له حُكْمُ النّجاسة كبيضة حال محلّها دمّاً، ولأنّه لا دم فيها؛ إذ الدّموي لا يسكن الماء، والدّمّ هو المنجِّس.
انظر: انظر: بدائع الصّنائع ١/١٩٥-١٩٨-١٩٩، والهداية ١/١٩.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٣.

(٤) العام لغةً: الشّامل، والعموم: شمول أمرٍ لآخر مطلقاً.
وفي اصطلاح الأصوليّين، هو: اللّفظ المستغرِقُ لما يصلح له دفعةً، بوضعٍ واحدٍ من غير حصر.
انظر: تنقيح الفصول ١/٨٧، وشرح تنقيح الفصول ص ١٤١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٤٣، ونثر الورود ص ٢٤٣، وتسهيل الوصول ص ٣٢.

(٥) الخاصّ هو ضدّ العام وعكسه ومقابله؛ فإذا كان العام يتناول أكثر من واحدٍ بلا

=

من ذلك ميتة البحر، وما لا دَم له[١]، ومنهم مَنِ استثنَى ميتة البحر فقط[٢]، ومنهم مَنِ استثنَى من ذلك ميتة ما لا دم له فقط[٣].

وسبب اختلافهم في هذه المستثنيات، هو سبب اختلافهم في الدّليل المخصوص[٤]؛ أمّا مَنِ استثنَى من ذلك ما لا دَم له؛ فحجّته مفهوم الأثر الثّابت عنه ﷺ من أمره بمقل[٥] الذّباب إذا وقع في الطّعام[٦]؛ قالوا: فهذا يدلّ على طهارة الذّباب، وليس لذلك عِلّةٌ إلاّ أنّه غير ذي دمٍ[٧].

=

حصر؛ فإنّ الخاصّ لا يتناول سوى واحدٍ. انظر: نثر الورود ص ٢٧٢، وتسهيل الوصول ص ٣٦.

(١) وهم الحنفية والمالكية، والحنابلة وقول عند الشّافعية.

(٢) وهم الشّافعية في المذهب.

(٣) ويشير به إلى ما نسبه للحنفية، وسبق أنّ تحقيق مذهبهم هو استثناء ميتة ما لا نفس له سائلة، وكذلك ميتة البحر، كما تقدّم. انظر: بدائع الصّنائع ١/١٩٨-١٩٩، والهداية ١/١٩.
ثُم هذاالتّوجيه الذي ذكره،بناءً على ما نقله من مذاهب العلماء،وقد تبيّن أنّ الخلاف في المسألة قائمٌ بين الجمهور: الحنفية والمالكية والحنابلة، وبين الشّافعية في قول.

(٤) كذاً في أغلب النّسخ المطبوعة،ولعلّ صوابه:الْمُخَصِّص،والله تعالى أعلم بالصّواب.

(٥) المقل، هو: الغمس في الماء. انظر: النّهاية ٤/٣٤٧.

(٦) لعلّه يشير إلى حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ قال: «إذا وَقَعَ الذُّبَابُ في إناء أحدكم؛ فَلْيُغْمِسْهُ كلّه، ثم لِيَطْرَحْهُ؛ فإنّ في أحد جناحَيه شِفَاءً وفي الأخرى دَاءً».
أخرجه البخاري في صحيحه ١٠/٢٦١، كتاب الطّبّ، باب إذا وقع الذّباب في الإناء، برقم: (٥٥٧٤).

(٧) انظر:بدائع الصّنائع١/١٩٩،والهداية١/١٩،وشرح منتهى الإرادات١/٢١٣، وفتح الباري١٠/٢٦٢.

وأمّا الشّافعي فعنده أنّ هذا خاصٌّ بالذّباب؛ لقوله ﷺ : (فإنّ في إحدَى جناحيه داءً وفي الأخرى دَوَاءً)[١]، وَوَهَّنَ الشّافعي هذا المفهوم من الحديث بأنّ ظاهر الكتاب[٢] يقتضي أنّ الميتة والدّم نوعان من أنواع النّجاسات؛

أحدهما: تعمل فيه التّذكية، وهي الميتة، وذلك في الحيوان المباح الأكل باتّفاق.

و-**الثّاني**- الدّم لا تعمل فيه التّذكية؛ فَحُكْمُهُما مُفْتَرِقٌ؛ فكيف يجوز أن يَجمع بينهما حتّى يقال: إنّ الدّم هو سببُ تَحريم الميتة؟ وهذا قَوِيٌّ كما تَرى[٣]؛ فإنّه لو كان الدَّمُ هو السّبب في تَحريم الميتة لَما كانت ترتفع الحرمية عن الحيوان بالذّكاة، وتبقى حرمية الدَّم الذي لم ينفصل بعد عن المذكّاة، وكانت الحلّيّة إنّما توجد بعد انفصال الدّم عنه؛ لأنّه **إذا ارْتَفَعَ السَّبَبُ؛ ارْتَفَعَ الْمُسَبَّبُ الذي يَقْتَضيه ضَرُورَةً**؛ لأنّه إن وُجِدَ السّبب والمسبَّب غير موجودٍ فليس هو سبباً، ومثال ذلك: أنّه إذا ارتفع التّحريم عن عصير العنب، وجب ضرورةً أن يرتفع الإسكار إن كنّا نعتقد أنّ الإسكار هو سبب التّحريم))[٤].

---

(١) هو جزءُ حديث أبي هريرة رضي الله عنه في الذّباب، والسّابق تخريجه.

(٢) يشير إلى قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾، [المائدة، من الآية: ٣]؛ ولعلّه يشير إلى أنّ العطف بالواو يقتضي المغايرة.

(٣) أمّا عدم تَنَجُّسِ الماء بميتة ما لا نفس له سائلة؛ فتعليله عند الشّافعية هو تَعَذُّرُ الاحتراز منه، وليس أنّ الدّمّ سببٌ للنَّجاسة.
انظر: المجموع ١/٥٠، وفتح الباري ١٠/٢٦٢.

(٤) بداية المجتهد ١/١٩٣-١٩٤.

توثيقها:

هذه القاعدة ورد مفادها في كتب أهل العلم، ومنها:

ما جاء في معنَى قاعدةٍ أصوليّة فقهية: (الحكم يدور مع علّته وجوداً وعدماً)، و(الحكم يتقدّر بقدرِ العلّة، ويتعمّم بعمومها) وهي قاعدةٌ مُطَّرِدةٌ مُتَّفقٌ عليها لدى الفقهاء والأصوليّين[(١)].

كما أنّه في معنَى مبحثٍ عظيمٍ من مباحث أصول الفقه، وهو الدَّوَرَانُ، وقد عُرِّفَ بأنّه: (عبارةٌ عن اقتران ثبوت الحكم مع ثبوت الوصف، وعدمه مع عدمه)[(٢)]، وهو من مباحث طرق استنباط الأحكام في علم الأصول.

مثاله: العنب حين يكون عصيراً ليس بِمسكرٍ ولا حرامٍ، فقد اقترن العدم بالعدم، وإذا صار مُسْكِراً صار حراماً؛ فقد اقترن الثبوت بالثّبوت، فإذا تَخَلَّلَ لَم يكن مُسْكِراً ولا حراماً؛ فقد اقترن العدم بالعدم، فهذا هو الدَّوَرَانُ في صورةٍ واحدة، وهي الخمر[(٣)].

والأكثرون على أنّه حُجَّةٌ، وأنّه دليل العلّيّة؛ ذلك أنّ اقتران الوجوب بالوجود، والعدم بالعدم يغلب على الظّنّ أنّ المدار علّة الدّائر، بل قد يحصل القطع بذلك، ولذلك جزم الأطبّاء بالأدوية المسهِّلة

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٧٢، و٢٩٢، و٥/٤٣٣، والمعونة ٢/١٢١٣، و١٢١٥، والفروق ٤/٩، و٢٩، والذّخيرة ٥/١٩٩، والفروق ٣/٢٣٦، وشرح تنقيح الفصول ص ٣٠٢-٣٠٣، و٣٠٨.

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ٣٠٧-٣٠٨.

(٣) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ٣٠٨.

والقابضة، وجميع ما يعطونه من المبرّدات وغيرها بسبب وجود تلك الآثار عند وجود تلك العقاقير وعدمها عند عدمها؛ فالدّوران أصلٌ كبيرٌ في أمور الدّنيا والآخر، وكذلك هذه القاعدة[1].

ما جاء في الفروق: «فاعل الضَّرر شأنُهُ أن يضمن، فإذا زال ضَرَرُهُ ناسب ألاَّ يضمن؛ لعدم سبب الضّمان، وفاعل النّفع مُحَصِّلٌ لِعين المال؛ فناسب أن يستحقّه أو بعضه؛ لأنّ موجِدَ الشّيء شأنُهُ أن يكون له»[2].

وفيه: «إثباتُ المُسَبَّبِ دون سببه، والمشروط بدون شرطه خلاف القواعد»[3].

ما جاء في مذكّرة أصول الفقه: «رفع المتبوع يقتضي رفع التّابع»[4].

وفيه: «إذا سقط حكمُ الأصل سقط حكمُ الفرع»[5].

شرح مفردات القاعدة:

ارتفع: أي: زال[6].

السّبب لغة: هو ما يتوصّل به إلى الاستعلاء، ثم استعبر لكلّ شيءٍ يتوصّل به إلى أمرٍ من الأمور؛ فقيل: هذا سببٌ، وهذا مُسَبَّبٌ عن هذا[7].

---

(١) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ٣٠٨.
(٢) الفروق للقرافي ٤/٩.
(٣) الفروق للقرافي ٢/٢٠٠.
(٤) مذكّرة أصول الفقه للشّيح الشّنقيطي ص ١٠٧.
(٥) مذكّرة أصول الفقه للشّيخ الشّنقيطي ص ١٠٨، وانظر: شرح القلشانِي ص ٨٢١.
(٦) انظر: المصباح المنير ص ٨٩.
(٧) انظر: المصباح المنير ص ١٠٠.

وفي مصطلح الأصوليّين هو: ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته؛ كزوال الشّمس؛ فإنّه سببٌ لوجوب صلاة الظّهر، وكَملْك النّصاب؛فإنّه سببٌ لوجوب الزّكاة،وكالولاء والنَّسب سببٌ في الميراث[1].

وعند الفقهاء: هو ما يوصل إلى الشّيء من غير تأثيرٍ فيه[2].

المُسَبَّبُ، أي: ما توصّل إليه من الأمور، وهو ناتج السّبب، يقال: هذا سببٌ، وهذا مُسَبَّبٌ عن هذا[3].

يقتضيه، ما يدلّ عليه، من قوله: اقتضى الأمرُ الوجوبَ، أي: دلّ عليه[4].

ضَرُورَةً، الضّرُورةُ اسمٌ من الاضطرار، وهو ما يَحصل ولا بدّ[5].

المعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلّق بأحكام السّبب مع المسَبَّب الذي يقتضيه؛ فتبيّن أنّ العلاقة التي بينهما علاقةٌ تلازميةٌ، تَنتُجُ منها أحكامٌ كثيرةٌ منها: أنّه متَى ارتفع السَّبَبُ ارتَفع المُسَبَّبُ الذي يقتضيه ضرورةً؛ لأنّ إثباتَ المُسبّبِ دون سببه خلافٌ للقواعد، وأنّه مَتَى تكرّر سببٌ تكرّر مُسَبَّبُهُ الذي يقتضيه ضرورةً[6]؛ لأنّ الأسباب الشّرعية تفتقر إلى نصبٍ شرعِيٍّ، وربط الأحكام بالأسباب الظّاهرة في مظان الْتِباس المعانِي المقصودة هو دأب

---

(١) انظر: المنثور ١/٣٨٨، وتسهيل الوصول ص ١٢.

(٢) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢١٣.

(٣) انظر: المصباح المنير ص ١٠٠.

(٤) انظر: المصباح المنير ص ١٩٣.

(٥) انظر: المصباح المنير ص ١٣٦.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٦٣، والمنتقى ٤/١٠، والفروق ٢/٢٠٠.

الشّرع، كما علّق البلوغ بالاحتلام، والإسلام بكلمتَي الشّهادة[1]؛ فَما نصبه الشّارع سبباً لِحكمٍ يجب أن يوجد ذلك الحكم عند وجوده، وإلاّ فلا، ومتَى ارتفع ذلك السّبب ارتفع الحكم المسبَّب المرتَّب عليه ضرورةً؛ لأنّ الحكم يدور مع علّته وجوداً وعدماً[2].

وهي أيضاً قريبةٌ من معنَى المانع في اصطلاح الأصوليّين الذي هو: ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجودٌ ولا عدم لذاته؛ كالقتل في الميراث، والحيض في الصّلاة؛ فإن وُجِدَ القتلُ امتنع الميراث، وإن وُجِدَ الحيضُ امتنعت الصّلاة[3]، وكذلك ارتفاع السّبب؛ فإنّه بِمَنْزلة المانع بالنِّسبة لِمُسَبِّبِه؛حيث يكون ارتفاعُهُ مانعاً لِتَرَتُّب المُسَبَّبِ ضرورةً؛ فإذا ارتفع الزّوال بالنِّسبة لصلاة الظّهر،أو ارتفع مِلكُ النِّصاب في الزّكاة، أو ارتفع الولاء والنَّسب والنّكاح في الميراث؛ ارتفع وجوبُ أداء صلاة الظّهر، والزّكاة، والميراث.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد العقلية البديهية التِي لا يَختلفُ فيها اثنان، وهو الذي يفيده قول الإمام ابن رشد «ضرورةً»، أي: بداهيةً، وهناك بعض تفاصيل، ذِكْرُهَا فيما يلي:

مسألة: المُسَبَّبُ الذي يزول بزوال سببه، والذي لا يزول بزواله:

لزوال المُسَبَّب تبعاً لزوال سَبَبِه صورتان، فيما يلي بيانُهما مع بعض

---

(١) انظر: عقد الجواهر ٢/٥٧١، والفروق ٤/٩.

(٢) انظر: الفروق ٤/٩، و٢٩.

(٣) انظر: المنثور ١/٣٨٨، وتسهيل الوصول ص ١٢.

الأمثلة[١]:

الأولَى: أن يكون ذلك في حقٍّ من حقوق الله -سبحانه وتعالى-، وهو الذي ليس للعبد إسقاطه؛ كالإيمان، والحدود ونحوها؛ فهذا لا يرتفع المُسَبَّبُ مع ارتفاع سببه.

الصّورة الثّانية: أن يكون ذلك في حقٍّ من حقوق العباد، وهو الذي للعبد إسقاطه ويصحّ؛ فهذا يرتفع المُسَبَّبُ بارتفاع سببه.

من أمثلة الصّورة الأولَى:

١-المحرمُ يَجب عليه إرسال الصّيد[٢] المملوك له، فلو لَم يرسله حتّى تَحلّل وجب عليه إرساله في الأصح؛ لأنّه يستحقّ الإرسال فلا يرتفع هذا الاستحقاق بتعدّيه بالإمساك[٣].

٢-لو ذبح المحرِم صيداً، وقيل: إنّه لا يكون مَيتةً؛ فيحلّ لغيره، على قولٍ عند الشّافعية، فهل يرتفع المسبَّب -وهو تَحريمه على المحرِم- فيحلّ له بعد زوال الإحرام؟ الأصحّ أنّه لا يَحل، فالمسبَّب لم يرتفع بارتفاع السّبب[٤].

٣-الخمر الذي يَجب إراقتها إذا تَخلّلت بصنعة آدَميٍّ، لا تسقط وجوب الإراقة، بل يدوم؛ لاستحقاق الإزالة قبل ذلك[٥].

من أمثلة الصّورة الثّانية:

---

(١) انظر: الفروق ١/١٤٠-١٤١، والمنثور ١/٣٩٤-٣٩٥.

(٢) الصّيد، يطلق على المصيد الذي هو: الحيوان المأكول المتوحش، كما يطلق على الفعل الذي هو: أخذ غير مقدورٍ عليه من وحشِ طيرٍ أو بَرٍّ، أو حيوانِ بَحرٍ بقصد.انظر: حدود ابن عرفة ١/١٩٠، وتفسير السّعدي ص ٢١٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٥٠.

(٣) انظر: روضة الطّالبين ٣/١٥٠، والمنثور ١/٣٩٤.

(٤) انظر: روضة الطّالبين ٣/١٥٠، والمنثور ١/٣٩٤.

(٥) انظر: المنثور ١/٣٩٥.

١-مَنْ له حقّ المطالبة والاختيار بسببٍ من الأسباب، ثم لَم يطالب من غير عذرٍ؛ فإنّ هذا السّبب يرتفع، ويرتفع معه مُسَبَّبُهُ ضرورةً، كَمَنْ عَلِمَ بالعيب بعد زواله[١]، وخيار العتيقة بعد عتق زوجها[٢]، وثبوت الشّفعة بعد زوال ملك الشّفيع، كلّ ذلك يسقط الحقّ على الصّحيح؛ لزوال الضّرر الذي هو سبب مشروعية المطالبة باختياره، بخلاف ما لو لم يكن يعلم بوجود السّبب[٣].

٢-لو حفر بئراً في أرض غيره تعدِّياً وعدواناً، ضمن ما وقع فيها، إلاّ أن ينقطع العدوان بأن اشتراها من مالكِها، أو رضي المالك بإبقائها على الصّحيح[٤].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بأدلّة منها:

١-قوله تعالى: ﴿ ﴿غَيْرَ مُحِلِّي ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ ﴾[٥]، يعني: الإحرام بالحجّ والعمرة؛ حيث حرّم الشّرعُ على المحرمِ الصَّيدَ حال إحرامه، والسَّبَبُ هو الإحْرَامُ، ثُم أباحه لهم بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾[٦]؛ إذ قد ارتفع السَّبَبُ المقتضي للنّهي والتّحريم؛ فارتفع المسبَّبُ الذي هو الحرمة والمنع[٧].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٧/٤، وروضة الطّالبين ٤٩١/٣.

(٢) انظر: روضة الطّالبين ١٩١/٧.

(٣) انظر: المنثور ٣٩٥/١.

(٤) انظر: روضة الطّالبين ٣١٧/٩.

(٥) سورة المائدة، الآية: ١.

(٦) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٧) انظر: تفسير القرطبي ٣٥/٦-٣٦، و٤٣، وتفسير السّعدي ص ٢١٨، و٢١٩.

٢-قاعدةٌ أصوليّةٌ، وهي أنّ ترتيب الحكم على الوصف يدلّ على عِلّيّة ذلك الوصف لذلك الحكم، كقولهم: على زنَى فرجم، وسرق فقطع؛ فإنّه يدلّ على سببيّة هذه الأوصاف.

٣-قاعدةٌ أصوليّةٌ فقهيّةٌ وهي أنّ الأصل ترتّب المسبَّبات على أسبابها من غير تراخٍ؛ فيترتّب الضّمان مثلاً حين وضع اليد لا ما بعد ذلك، والمضمون لا يضمن؛ لأنّه تحصيل الحاصل[1].

من تطبيقات القاعدة:

١- الأسباب الشّرعية مَتَى وُجدَت وُجدَ الحكم المرتَّب عليها ضرورةً، ومتَى ارتفعت ارتفع الحكمُ المرتَّبُ عليها ضرورةً كما في الأمثلة السّابقة[2].

٢- عدم وجود الأسباب الشّرعية، أو الشّروط الشّرعية مانعٌ من موانع العبادات والمعاملات؛ فالجنابة والحيض والنّفاس مثلاً أسبابٌ لِمنع المكلَّف من مباشرة ما كُلِّفَ به، ومَتَى ارتفعت هذه الأسباب رجع أصل الوجوب ضرورةً، والإحرام سببٌ للمنع من الطّيب وغيره من مَحظوراته، فإذا زال وارتفع وخرج عن إحرامه رجع الحلُّ، وكذلك الصّيد وسائر المَحظورات التي هي مُسبَّبات الإحرام[3].

٣- الفراش سببٌ، وثبوت النَّسَب مُسَبَّبٌ في جانب الرّجل؛ ذلك أنّ النّاس يقدمون على النّكاح لغرض التّوالد عادةً؛ فكان النّكاح سبباً مفضياً إلى حصول الولد؛ فكان سبباً لثبات النَّسَب بنفسه، ومتَى

---

(١) انظر: الفروق ٩/٤، و٢٨-٢٩، وشرح تنقيح الفصول ص ٣٠٢-٣٠٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٦٣/٢-٤٦٥.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٣٦/٦، وشرح تنقيح الفصول ص ٣٠٣.

وجد السّبب وجد المسَبَّبُ، ومتَى ارتفع، ارتفع المسَبَّب؛ فعلى هذا إذا زنَى رجلٌ بامرأة فجاءت بولد فادّعاه الزّاني لم يثبت نسبه منه؛ لارتفاع السّبب الذي هو الفراش، فيرتفع المسبَّب الذي هو ثبوت النَّسَب في حقّه؛ لأنّ الزّنا لا يوجب النَّسَبَ[١].

٤- من الأسباب المقتضية للحجر[٢] السَّفَهُ؛ فإذا زال وارتفع زال المسبَّب الذي هوالحجر[٣].

٥- إذا ردّ الغاصب العين المغصوبة نفسها، فلا شيءَ عليه؛ لأنّه قد فعل ما كان عليه أن يفعله من إزالة يده عنها، وترك إمساكها ظلماً وعدواناً، وإعادتها إلى يد مالكها؛ فزال عنه الضّمانُ لزوال الموجب له وهو الغصب؛ لأنّ السّبب إذا ارتفع، ارتفع المسبَّب الذي يقتضيه ضرورةً[٤].

٦- القاعدة تؤيِّد قول الشّافعية: إنّه لو جرت عادةُ قومٍ إرسال المواشي ليلاً وحبسها نهاراً انعكس الحكم على الأصحّ، ونظيره القسم الواجب للمرأة، فلو كان يكتسب ليلاً ويأوي إلى أهله نهاراً لانعكس الحكم في حقّه مع أنّ عماد القسم اللّيل[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٦٣-٣٦٤.

(٢) الحَجْر: المنع، وهو منع نفاذ التّصرّفات القوليّة، وهو نوعان:
حَجْرٌ تامٌّ، وهو وقوع جميع التّصرّفات القوليّة للمحجور عليه كلّها باطلةً، وسببه: الجنون، وعدم التّمييز في الصّغير.
وحَجْرٌ ناقصٌ، وهو وقوع بعض التّصرّفات القوليّة للمحجور عليه باطلةً دون بعض، وسببه: السَّفَهُ والإفلاس ومرض الموت. انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٥٤.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٤/٦٥-٦٦، والفروق ٣/٢٣١.

(٤) انظر: المعونة ٢/١٢١٥.

(٥) انظر: فتح الباري ١٢/٢٧٠.

المبحث الثّامن: القاعدة الثّامنة [٨]

[يجزئ تقديم الحقّ الواجب قبل وقت وجوبه]

ذكرها ابن رشد في مسألة رفع الكفارة[١] الحنث؛ حيث قال: «وأمّا متَى ترفع الكفارةُ الحنثَ وتَمحوه؟ فإنّهم اختلفوا في ذلك[٢]؛ فقال الشّافعي: إذا كفّر بعد الحنث أو قبله فقد ارتفع الإثم[٣]. وقال أبو حنيفة:

(١) الكفّارة هي: تصرّفٌ مَخصوصٌ؛ كالإعتاق والصّيام والإطعام، أوجبه الشّرعُ لمحو ذَنْبٍ مَخصوصٍ؛ كالحنث باليمين ونحوه. انظر: الثّمر الدّاني ص ٤٢٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٥٠.

(٢) بعد إجماعهم على:

١-أنّه لا تجب عليه الكفّارة قبل الحنث.

٢-أنّ الحنث قبل الكفارة مُباحٌ حسنٌ جائزٌ، وهو عندهم أولَى.

٣-وأنّ تقديم الكفارة قبل الحلف لا تجزئ.

واختلفوا في جواز الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث على ما ذكرها الإمام ابن رشد. انظر: التّمهيد ١٠/٢٣٣-٢٣٦، والاستذكار ٤/١٩٥-١٩٨، والمنتقى ٤/٤٥٩، وأحكام ابن العربي ٢/١٥٥-١٥٦، وتفسير القرطبي ٦/٢٥٧، والذّخيرة٤/٦٦، و٧/٣٧٨، وشرح مسلم ١١/١١٢، ومعالم السّنن ٣/٥٨٥، والمهذّب ٣/١٩٢-١٩٤، وفتح الباري ١١/٦١٧، وتكملة المجموع ١٩/٢٧٠-٢٧١، ومختصر الخرقي مع المغني ١٣/٤٨١-٤٨٣.

(٣) المذهب عند الشّافعية: أنّه إن كان يُكَفِّرُ بالمال؛ فالمستحبّ ألا يُكَفِّرَ قبل الحنث خروجاً من الخلاف، ويجوز له تقديم التّكفير بالمال قبل الحنث إذا كان الحنثُ بغير معصية؛ لأنّه حقُّ مالٍ يتعلّق بسببَين يختصّانه؛ فإذا وُجدَ أحدهما جاز تقديمه على الآخر؛ كالزّكاة قبل الحول. وأمّا التّكفير بالصّوم فلا يَجوز إلاّ بعد الحنث عندهم.

وجه الجواز: أنّه كفّر بعد وجود سبب الوجوب؛ فيجوز كما لو كفّر بالمال بعد الجرح وقبل الموت، والدّليل على كونه كفّر بعد وجود السّبب: أنّ اليمين سبب =

لا يرتفع الحنث إلاّ بالتّكفير الذي يكون بعد الحنث لا قبله[١]. وروي عن مالكٍ في ذلك القولان جميعاً[٢].

=

وجوب الكفارة بدليل أنّ الكفارة تضاف إلى اليمين، يقال: كفّارة اليمين، وقال الله تعالى: ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾، [سورة المائدة من الآية: ٨٩]، والحكم إنّما يضاف إلى سببه على الأصل، فدلّ أنّ اليمين سببٌ لوجوب الكفارة؛ فكان هذا تكفيراً بعد وجود سبب الوجوب فيجوز كما في موضع الإجماع.
أمّا عدم جواز التّكفير بالصّوم قبل الحنث؛ فلأنّ عمل البدن لا يقدم قبل وقته.
انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٤-٣٥، ومختصر المزني ص ٣٩٠، و٣٩٢، والمهذّب ٣/١٩٤، والمجموع ١٩/٢٧٠، والمنثور ١/٢٣٩-٢٤٠، و٢/٤٣٣، وأشباه السّيوطيّ ص ٦٣٤.

(١) وهو رواية أشهب عن الإمام مالك، وقولٌ لداود الظّاهريّ.
دليلهم: أنّ السّبب ما يكون مفضياً إلى المسبب؛ إذ هو في اللّغة اسمٌ لما يتوصّل به إلى الشّيء واليمين مانعةٌ من الحنث؛ لكون الحنث خلفاً في الوعد ونقضاً للعهد، وقد قال الله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴿٩١﴾ وَلَا تَكُونُوا۟ كَٱلَّتِى نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنۢ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنكَٰثًا ﴾، [سورة النّحل الآيتان: ٩١-٩٢].
ولكونه استخفافاً باسم الله -تعالى- من حيث الصّورة، وكلّ ذلك مانعٌ من الحنث فكانت اليمين مانعةً من الحنث فكانت مانعةًمن الوجوب؛إذالوجوب شرط الحنث بلا خلاف؛فكيف يكون سبباً للوجوب؟
ولهذا لم يجز تعجيل التّكفير بالصّوم؛ كذا بالمال.
انظر: مختصر القدوري ص ٢١٠، وبدائع الصّنائع ٣/٣٤-٣٥، والهداية ٢/٧٥، والمنتقى ٤/٤٥٩، والذّخيرة ٤/٦٦، والمجموع ١٩/٢٧٠، والمحلّى ٦/٣٢٩.

(٢) رواية أشهب عنه: لا يجوز تقديم الكفّارة على الحنث مطلقاً.
والرّواية الثّانية: يجوز تقديم الكفّارة على الحنث مطلقاً. وهو المشهور في المذهب المالكي ومذهب الحنابلة وابن حزم الظّاهريّ.

=

وسبب اختلافهم شيئان:

أحدهما: اختلاف الرّواية في قوله ﷺ : (مَنْ حَلَف عَلى يَمين فَرَأى غيرها خيراً منها؛ فَلْيَأتِ الذي هُوَ خَيْرٌ، وَلْيُكَفِّرَ عَنْ يَمينه)[1]؛ فإنّ قوماً رووْه

=

انظر: التّمهيد ١٠/٢٣٣-٢٣٦، والمنتقى ٤/٤٥٩، وأحكام ابن العربي ٢/١٥٥-١٥٦، وجامع الأمّهات ص ٢٣٤، وتفسير القرطبي ٦/٢٥٧، والذّخيرة ٤/٦٦، ومختصر الخرقي مع المغني ٤/٧٩-٨٠، و١٣/٤٨١-٤٨٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٨٩، والمحلّى ٦/٣٢٩.

وأدلّة القول بجواز تقديم الكفّارة على الحنث هي:

١- الأحاديث الدّالّة على ذلك.

٢- قياس تقديمها على تعجيل الزكاة قبل الحول.

والذي يترجّح لديّ والعلم عند الله هو القول بجواز تقديم الكفارة على الحنث مطلقاً؛ وأنّ الحالف مُخيَّرٌ بين الكفّارة قبل الحنث وبعده؛ وذلك لقوّة أدلته وصراحته، وفيه تجتمع النّصوص ويعمل بجميعها.

قال الحافظ ابن عبد البرّ رحمه الله في التّمهيد ١٠/٢٣٤: «ففي هذا الحديث عن عبد الرّحمن بن سمرة: خلاف ما تقدّم، وأظنّ ذلك والله أعلم؛ لأنّ الحديث الأوّل -القاضي بتقديم الكفّارة على الحنث- من رواية أهل المدينة عن أهل البصرة؛ فجاؤوا به على مذهبهم في ذلك، والحديث الثّاني من رواية أهل البصرة بعضهم عن بعض؛ فجاؤوا به على مذهبهم أيضاً. ورواية أهل المدينة في هذا أثبت وأكثر، وما أظنّ حديث هشيم هذا إلاّ وهماً».

(١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢٧٢، كتاب الأيْمان، باب ندب مَنْ حلف يميناً، برقم: (١٦٥٠). وفي معنَى الحديث -أي: تقديم الحنث قبل الكفارة- حديث عبدالرّحمن بن سمرة رضي الله عنه: قال النّبيّ ﷺ : «...وإذا حلفتَ على يَمين فرأيتَ غيرها خَيْراً منها فأت الذي هو خَيرٌ وكفر يَمينَك». أخرجه البخاري في صَحيحه١٣/١٣٢، كتاب الأَحكام، باب مَنْ سأل الإَمارة وُكلَ إليها، برقم: (٦٨٨٩). ونلاحظ في هذا الحديث تقديم الشّرط وهو الحنث على الحقّ وهو الكفّارة.

هكذا، وقومٌ روَوهُ: (فَلْيُكَفِّرْ عَنْ يَمينه، وليأْتِ الذي هو خَيْرٌ)[١]؛ وظاهر هذه الرّواية أنّ الكفارة تجوز قبل الحنث، وظاهر الثّانية أنّها بعد الحنث.

والسّبب الثّاني: اختلافهم في: **هل يجزئ تقديم الحقّ الواجب قبل وقت وجوبه**؛ لأنّه من الظّاهر أنّ الكفارة إنّما تجب بعد الحنث؛ كالزّكاة بعد الحول»[٢].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب الفقهاء منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «إنْ سلمنا أنّه لا وجوب قبل الحول لكن سبب الوجوب موجودٌ؛وهو ملك النّصاب،ويجوز أداءالعبادة قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب؛ كأداء الكفّارة بعد الجرح قبل الموت»[٣].

وفيه أيضاً: «ووجهه: أنّ الوجوب إنْ لم يثبت؛ فقد وُجِدَ سبب الوجوب...، والتّعجيل بعد وجود السّبب جائزٌ؛ كتعجيل الزّكاة والعشور وكفّارة القتل»[٤].

---

(١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه مسلم في صحيحه ١٢٧٢/٣، الموضع السّابق، برقم: (١٦٥٠). وفي معنى هذا الحديث –أي: تقديم الكفّارة قبل الحنث– حديث عبد الرّحمن بن سمرة المتّفق عليه، وفيه: قال النّبيّ ﷺ : «...وإذا حلفت على يَمينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خيراً منها؛ فَكَفِّرْ عَن يَمينكَ وائْت الّذي هو خيرٌ». أخرجه البُخاري في صحيحه ٥٢٥/١١، كتاب الأيْمان والنّذور، برقم: (٦٣٩١)، ومسلم في صحيحه ١٢٧٣/٣-١٢٧٣، الموضع السّابق برقم: (١٦٥٢). نلاحظ تقديم الحقّ وهو الكفّارة على الشّرط الذي هو الحنث.

(٢) بداية المجتهد ٤٠٩/٢، وانظر: ١١٦/٢-١١٧.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ١٦٥/٢.

(٤) بدائع الصّنائع ٢٠٧/٢.

وفيه أيضا: «لا يجوز له أن يصومَ ثلاثة أيّامٍ في أشهر الْحجّ قبل أَنْ يُحْرِمَ بالعمرة بلا خلاف، وهل يجوز له بعد ما أحرم بالعمرة في أشهر الْحجّ قبل أَنْ يُحْرِمَ بالْحجّ؟ قال أصحابنا –يعني: الحنفية–: يجوز، سواء طاف لعمرته أو لم يطف بعد أن أحرم بالعمرة... ولنا أنّ الإحرام بالعمرة سببٌ لوجود الإحرام بالْحجّة؛ فكان الصّوم تَعجيلاً بعد وجود السّبب فجاز، وقبل وجود العمرة لم يوجد السّبب فلم يجز»[1].

ما جاء في الذخيرة: «قواعد: إذا تقدم سبب الحكم دون شَرطه جاز تقديمه عليه؛ كالعفو عن القصاص قبل زهوق الرّوح لتقدّم السّبب الذي هو الجراحة، وتقديم الزّكاة على الحول؛ لتقدّم ملك النّصاب على الخلاف، واليمين هاهنا هو السّبب، والحنث شرطٌ؛ فجاز تقديم الكفّارة قبل الشّرط بعد السّبب، ولا يجزئ قبل السّبب اتّفاقاً»[2].

وفيه: «قاعدة: متَى كان للحكم سببٌ وشرطٌ فأُخِّرَ عن سببه وشرطه صَحَّ إجماعاً، أو قُدِّمَ عليهما بَطَلَ إجماعاً، أو تَوَسَط بعد السّبب فقولان للعلماء؛ كالزّكاة سببُها النّصاب، وشرطها الْحَول، فتقديمها عليهما لا يُجْزِئ إجماعاً، وبعدهما تُجْزِي إجماعاً، وبعد ملكه النّصاب وقبل الحول قولان، وكفّارة اليمين سببُها اليمين، وشرطها الْحِنْث، فقَبلهما لا تُجزئ إجماعاً، وبعدهما تُجْزِئ إجماعاً، وبعد اليمين وقبل الْحِنْث خلافٌ...؛ فهذه قاعدةٌ شريفةٌ يَتَخرَّجُ عليها فروعٌ كثيرةٌ في

(١) بدائع الصّنائع ٣٨٦/٢، وانظر: أحكام الجصاص ٣٦٦/١، والهداية ١٥٧/١.
(٢) الذّخيرة للقرافيّ ٦٦/٤-٦٧.

أبواب الفقه، وفيها يظهر فساد قياس الزّكاة على الصّلاة في امتناع التّقديم على الوقت؛ لأنّ أوقات الصّلوات أسبابٌ، والتّقديم على الزّوال مثلاً تقديم على السّبب، وأمّا تقديم الزّكاة على الحول فبعد السّبب وقبل الشّرط؛ فليس الموضعان سواء»[١].

ما جاء في الفروق: «الفرق بين قاعدة: تقدّم الحكم على سببه دون شرطه، أو شرطه دون سببه، وبين قاعدة: تقدّمه على السّبب والشّرط جميعاً»[٢].

ما جاء في تطبيقات القواعد: «تقديم الحكم على شرطه أيجزئ ويلزم، أم لا؟»[٣].

وفيه: «سبب الحكم إذا تقدّم على شرطه جاز ترتّب الحكم عليه»[٤].

ماء جاء في المهذّب: «والسُّنة أن يكون ذلك -يعني: العقيقة- في اليوم السّابع...، فَإِنْ قَدَّمَهُ على اليوم السّابع أو أخّره أجْزَأه؛ لأنّه فعل ذلك بعد وجود السّبب»[٥].

ما جاء في فتح الباري: «الصّيام من حقوق الأبدان ولا يجوز تقديمها قبل وقتها؛ كالصّلاة والصّيام، بخلاف العتق والكسوة والإطعام؛ فإنّها من حقوق الأموال فيجوز تقديمها؛ كالزّكاة»[٦].

---

(١) الذّخيرة للقرافيّ ٣٧٨/٧-٣٧٩، وانظر: الفروق ١٩٦/١.
(٢) الفروق للقرافيّ ١٩٦/١، فرق: (٣٣).
(٣) تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ص ١٣٩، ق (٣٣).
(٤) تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ص ١٤٥.
(٥) المهذّب للشّيرازي ٧٦٩/١.
(٦) فتح الباري لابن حجر العسقلانيّ ٦١٧/١١.

ما جاء في المغني: «وأمّا تقديمه -أي: صيام ثلاثة أيام عن الهدي- على وقت الوجوب؛ فيجوز إذا وُجِدَ السّبب -أي: الإحرام- كتقديمه الكّفارةَ على الحنث، وزهوق النّفس»[(١)].

وفيه أيضاً: «تعجيل حقّ المال بعد وجود سببه قبل وجود شرطه جائزٌ»[(٢)].

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: «وإخراجها، أي: الكفّارة قبله، أي: الحنث، وبعده في الفضيلة سواء»[(٣)].

ما جاء في القواعد والأصول الجامعة: «لا يَجوز تقديم العبادات، أو الكفّارات على سبب الوجوب، ويَجوز تقديمها بعد وجود السّبب، وقبل شرط الوجوب وتحقّقه»[(٤)].

شرح مفردات القاعدة:

يُجزِئ، من أَجْزَأَ بمعنَى الكفاية، أي: يُجزئ إنْ فعله وتبرأ ذمّته وإن كان على خلاف الأصل. أو **يَجْزِي**: من جَزَا بَمعنَى يقضِي ويكفي[(٥)].

تقديم الحقّ الواجب: أي: تعجيل أداء الحقّ الماليّ الواجب لوجود سبب الوجوب، أمّا الحقوق البدنية فلا تُقَدَّم على وقتها؛ كالصّلاة والصّوم على اعتبارهما عبادةً مؤقّتةً، أمّا على سبيل جعليٍّ؛ كالكفّارة مثلاً، فَجائزٌ تقديمها بعد وجود سببٍ وقبل شرطٍ[(٦)].

---

(١) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٥/٣٦٢.

(٢) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ١٣/٤٨٢، و٤٨٣.

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦/٣٨٩.

(٤) القواعد والأصول الجامعة للسّعدي ص ٧١، القاعدة (٣٩).

(٥) انظر: فتح الباري ١٠/١٦، و٢٢.

(٦) انظر: فتح الباري ١١/٦١٧.

قبل وقت وجوبه: أي: قبل وجود شرط الثبوت.

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ جليلةٌ شريفةٌ من قواعد التّيسير ورفع الحرج في الشّريعة الإسلامية؛ حيث تفيد أنّ مَنْ قدَّم حقّاً ماليّاً واجباً عليه بعد ثبوت سبب الوجوب، وقبل شرطه؛ فإنّه يُجزؤه رفعاً للحرج، وأمّا تعجيل الحقّ أو الحقوق الجعليّة قبل وجود السّبب فلا يجوز إجماعاً، وكذا العبادات المؤقّتة لا تَجِبُ قبل أوقاها إجماعاً؛ كالصّلاة والصّوم ونحوهما، كذلك الحقوق المؤقّتة لا تجب قبل وجود سببها؛ لأنّ الأصل أداء الحقوق بعد سببه مستوفية الشّروط، منتفية الموانع(1).

وللحقّ مع سببه وشرطه أحوال منها:

١-أَنْ يكون له سببٌ دون شرطٍ فلا يجوز تقديم الحقّ على السّبب.

مثاله: الحقّ صلاة الظّهر، والزّوال سبب وجوبها، فلا يجوز تقديم أداء صلاة الظّهر قبل الزّوال، فإن صلّى قبل الزّوال لا تُعتَبر؛ فلا تجزئ عنه ظهراً ولا تبرأ ذمّته.

٢-أن يكون له سببان أو أسباب فلا يجوز تقديم الحقّ على جميعها، وإن قُدِّم على بعضها دون بعضٍ اعتبر بناء على السّبب الخاصّ، ولا يضرّ

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢/١٦٥، و١٧٠، و٢٣١، و٤/١٩٨، و٤/٢٤٥، والفروق ١/١٩٦، و٣/١٩٦، والذّخيرة ٤/٦٦-٦٧، و٧/٣٧٨-٣٧٩، وقواعد المقري ص ٥٠٣، ق (٢٦٣)، والمنثور ١/٢٤٠، و٣٩٢-٣٩٣، وفتح الباري ١٠/١٦، و١٨-٢٠، و١١/٦١٧، وأشباه السّيوطيّ ص ٦٣٣، والمغني ١٣/٣٨٥-٣٨٦، و٤٨٢-٤٨٣، والمحلّى ٥/١٤٢، و٦/٣٣-٣٣١، وتسهيل الوصول ص ١٣.

فقدان بقية الأسباب؛ فإنّ شأن السّبب أن يستقلّ بثبوت مُسَبّبه دون غيره من الأسباب. مثاله: إقامة الحدّ بالجلد، أسبابها: الزّنى، والقذف، والشّرب، فلا يجوز تقديم الجلد قبل ملابسة شيءٍ من هذه الثّلاثة، ومَنْ فعل لم يعتبر ذلك حدّاً ولا زاجراً.

٣-أن يكون للحقّ سببٌ وشرطٌ فهذا له ثلاث صورٍ:

الصّورة الأولى: أَنْ يتقدّم على سببه وشرطه فلا يعدُّ إجماعاً.

الصّورة الثّانية: أَنْ يتأخّر إيقاعه عن سببه وشرطه فيعتبر إجماعاً.

الصّورة الثّالثة: أَنْ يتوسّط بينهما ففيه خلافٌ جارٍ بين العلماء في كثيرٍ من صوره في اعتباره وعدم اعتباره[1].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لم تتّفق المذاهب الفقهية على هذه القاعدة، بل اختلفوا فيها على مذهبين، تحرير ذلك على النّحو التّالي:

ثبت أنّ الأصل إيقاع الحقوق بعد وجود سببها، وتوفُّر شروطها، وانتفاء موانعها.

وأنّ من الحقوق ما له سببٌ فقط دون شرطٍ، ومنها ما له سببٌ وشرطٌ معاً.

وأنّ تقديم الحقّ على سببه لا يعتبر فلا يجزئ إجماعاً؛ فلا تقدم الصّلاة عن وقتها، ولا الزّكاة عن ملك النّصاب، ولا العفو عن القاتل قبل القتل.

---

(١) انظر: الفروق ١/١٩٦-١٩٧، والذّخيرة ٤/٦٦-٦٧، و٧/٣٧٨-٣٧٩، والمنثور ١/٢٤٠، ٣٩٢-٣٩٣.

وأنّ تأخيره عن سبب الوجوب وشرطه جائز ومجزئ إجماعاً.

وأمّا تأخيره عن سبب الوجوب وتقديمه على شرطه بحيث يكون إيقاعه قبل وجود شرط الوجوب ففيه خلافٌ جارٍ بين العلماء على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّه يُجزئ تقديم الحقّ الماليّ أو الجعليّ على شرطه بعد وجود سببه. به قال الحنفية والشّافعية والحنابلة والمذهب عند المالكية والظّاهرية في قولٍ(١).

المذهب الثّاني: أنّه لا يُجزئ تقديم الحقّ على شرطه بعد وجود سببه، بل لا بدّ من تأخير إيقاعه لما بعد وجودهما. وهو مذهب الحنفية في تقديم كفّارة اليمين قبل الحنث(٢)، ورواية عند المالكية(٣)، وظاهر مذهب الظّاهرية(٤).

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٣٦٦/١، وبدائع الصّنائع ١٦٥/٢، و٢٠٧، و٣٨٦، و٢٤٥/٤، والهداية ١٥٧/١، والذّخيرة ٦٦/٤-٦٧، وقواعد المقري ص ٥٠٣، وتطبيقات القواعد ص ١٣٩-١٤١، والمهذّب ٧٦٩/١، ومختصر الخرقي مع المغني ٧٩/٤-٨٠، و٤٨١/١٣-٤٨٣، والمحلّى ٣٣١/٦.

(٢) فإنّه لا يجوز عند الحنفية.
انظر: مختصر القدوري ص ٢١٠، وبدائع الصّنائع ٣٤/٣-٣٥، والهداية ٧٥/٢.

(٣) رواها أشهب. انظر: قواعد المقرّي ص ٥٠٣، ق (٢٦٣).

(٤) قال أبو محمّد ابن حزم الأندلسيّ في المحلّى ٣٣١/٦: «وهذه أدلّة صحاح، ونحن موافقون لهم في أنّه لا يجزئ شيءٌ من الشّريعة قبل وقته إلاّ في موضعين:
أحدهما: كفّارة اليمين؛ فجائز تقديمها قبل الحنث لكن بعد إرادة الحنث ولا بدّ.
والثّاني: إسقاط الشّفيع حقّه بعد عرض الشّفيع عليه أن يأخذ أو يترك قبل البيع؛ فإسقاطه حقّه حينئذ لازمٌ له فقط.
وإنّما فعلنا ذلك للنّصوص المخرجة لهذين الشّرعين عن حكم سائر الشّريعة في أنّه لا يجزئ ولا يجوز أداء شيءٍ منها قبل الوقت الذي حدّه الله تعالى له».

الأدلّة:

استدلّ أصحاب القول الأوّل القائلون بالإجزاء بأدلّة القاعدة(١).

واستدلّ أصحاب القول الثّاني القائلون بعدم الإجزاء بما يلي:

١-قول النّبيّ ﷺ : «...وإذا حلفتَ على يَمينٍ فرأيتَ غيرها خَيْراً منها فأتِ الذي هو خَيرٌ وكفِّر يَمينَك».

وجه الاستدلال به؛ حيث ذكر السّبب أوّلاً وهو اليمين، ثم الشّرط وهو الحنث، ثم الحقّ وهو الكفّارة؛ فيفهم منه التّرتيب، وأنّه لا يجوز تقديم الحقّ قبل وقته(٢).

وأجيب عن استدلالهم بأنّ رواية تقديم الحقّ وهو الكفّارة على الشّرط وهو الحنث من رواية أهل المدينة وهي أثبت وأكثر، فلا يعارض بهذا اللّفظ.

ولأنّه ليس في هذا اللّفظ ما يمنع تقديم الكفّارة خصوصاً أنّ رواية تقديمها أثبت(٣).

ولأنّ ترجيح أحدهما على الآخر ترجيحٌ بلا دليل(٤).

٢-قوله ﷺ لِمَن ذبح قبل الصّلاة: «تلك شاةُ لَحمٍ»(٥).

---

(١) انظر: فقرة: من أدلّة القاعدة.

(٢) انظر: التّمهيد ٢٣٤/١٠، وتفسير القرطبي ١٠٦/٣، وشرح مسلم ١١٢/١١.

(٣) انظر: التّمهيد ٢٣٤/١٠، والذّخيرة ٦٦/٤-٦٧.

(٤) انظر: فتح الباري ٦١٧/١١.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٥١٩/٢، كتاب العيدين، باب الأكل يوم النّحر، برقم: (٩٣١)، ومسلم في صحيحه ١٥٥٢/٣، كتاب الأضاحي، باب وقتها، برقم: (١٩٦١). واللّفظ له.

=

وجه الاستدلال منه؛ حيث نهاه عن ذبح الأُضْحية بعد وجود سببه وهو شروق الشّمس وقبل وجود الشّرط وهو صلاة الإمام أو ذبحه على قولٍ، وأمره بالبدل؛فدلّ على عدم جواز تقديم الحقّ على وقته المقدَّر له[1].

أجيب عنه بأنّ هذا من قبيل خطاب الوضع[2].

٣-قياس منع تقديم الحقوق المالية على الحقوق البدنية في قولهم: واجبٌ أُخْرِجَ قبل وقت وجوبه فلا يجزئ قياساً على الصّلاة قبل الزّوال[3].

أجيب عن هذا الاستدلال بأنّه قياسٌ باطلٌ؛ لأنّ ما يساوي الصّلاة قبل الزّوال هو إخراج الزّكاة قبل ملك النّصاب، و لم يقل بهذا أحدٌ[4].

٤-ولأنّ الكفّارة بعد الحنث فرضٌ، وإخراجها قبله تطوّعٌ؛ فلا يقوم التّطوّع مقام الفرض.

وأجيب عنه بأنّه يشترط إرادة الحنث وإلاّ لا يجزئ كما في تقديم الزّكاة[5].

=

ومعنَى قوله: ((تلك شاةُ لَحمٍ))، أي: ليست أضحية، ولا ثواب فيها، بل هي لَحمٌ لك تنتفع به؛كما في الرّوايةالأخرى:((إنّما هو لَحمٌ قدّمتَه لأهلك))،يصنع بها ما شاء.
انظر: شرح مسلم ١١٤/١٣، وفتح الباري ٦/١٠، و١٥، و١٨-١٩، والمغنِي ٣٨٨/١٣.

(١) انظر: الاستذكار ٢٢٤/٤-٢٢٥، والمنتقى ١٥٦/٤-١٥٧، وفتح الباري ٦/١٠، و١٥، و١٨-٢٠، و٥٥٩/١١، والمغنِي ٣٨٥/١٣-٣٨٨.

(٢) انظر: فتح الباري ٥٥٩/١١.

(٣) انظر: تفسير القرطبِيّ ٢٥٧/٦-٢٥٨، والفروق ١٩٨/١، والمحلّى ١٤٢/٥، و٣٣١/٦.

(٤) انظر: المراجع السّابقة.

(٥) انظر: فتح الباري ٦١٧/١١.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لهذه القاعدة بما يأتي:

١-حديث عَليٍّ ﷺ أنّ العبّاس رضي الله عنه سأل رسولَ الله ﷺ في تعجيل صدَقَتَهُ قَبْلَ أن تَحِلَّ[1]؛ فَرَخَّص له في ذلك[2].

وجه الاستدلال منه: حيث رخّص له ﷺ في تعجيل صدقته قبل أن تَجبَ، أو قبل حلول وقت الوجوب؛ فكان إذناً بتقديم الحقّ قبل الوجوب.

٢-قول النَّبيّ ﷺ: «...وإذا حلفتَ على يَمينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خيراً منها؛ فَكَفِّرْ عَن يَمِينِكَ وائْتِ الذي هو خيرٌ».

وجه الاستدلال منه حيث دلّ على جواز تقديم الحقّ وهو الكفّارة على شرط الوجوب وهوالحنث،بعد وجود سبب الوجوب وهو اليمين[3].

---

(١) قبل أَنْ تَحلَّ، بكسر الحاء، أي: قبل أن تَجبَ، ومنه قوله تعالى: ﴿أَفَطَالَ عَلَيْكُمُ ٱلْعَهْدُ أَمْ أَرَدتُّمْ أَن يَحِلَّ عَلَيْكُمْ غَضَبٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَخْلَفْتُم مَّوْعِدِى﴾، [سورة طه، من الآية: ٨٦]، أي: يَجب، وأمّا الذي بمعنَى الحُلول فبضمّ الحاء، ومنه قوله تعالى: ﴿أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ﴾، [سورة الرّعد، من الآية: ٣١].
انظر: المفردات ص ١٣٥، والنّهاية ٤٣٢/١، ومختار الصّحاح ص ١٥٠.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٢٧٥/٢، كتاب الزّكاة، باب في تعجيل الزّكاة، برقم: ١٦٢٤، والتّرمذيّ في سننه ٦٣/٣، كتاب الزّكاة، باب ما جاء في تعجيل الزّكاة، برقم: ٦٧٨، وابن ماجه في سننه ٥٧٢/١، كتاب الزّكاة، باب تعجيل الزّكاة قبل محلّها، برقم: ١٧٩٥.
قال التّرمذيّ في سننه ٦٤/٣: «حديث إسماعيل بن زكريا عن الحجاج عندي أصحّ من حديث إسماعيل عن الحجاج بن دينار»، وحسّنه الألباني في صحيح أبي داود (١٤٣٠)، وصحيح ابن ماجه (١٤٥٢).

(٣) انظر: التّمهيد ٢٣٣/١٠، وشرح مسلم ١١٢/١١.

٣-إجماع العلماء على جواز صوم ثلاثة أيام بعد الإحرام بالحجّ، وإن لم يكن الإحرام به موجباً له؛ إذ كان وجوبُهُ متعلّقاً بتمام الحجّ والعمرة جميعاً، وذلك يكون بالوقوف بعرفة؛ لأنّ قبل ذلك يجوز ورود الفساد عليه فلا يكون الهدي واجباً عليه، ولكن ثبت جوازه بعد وجود سببه وقبل الوجوب[١].

٤-ومن المعقول؛ أنّه تعجيلٌ لمالٍ وُجِدَ سببُ وجوبِهِ قبل وجوبِهِ فجازَ؛ قياساً على تعجيل الحقوق الماليّة قبل حلول أجلها[٢].

٥-ولأنّ شأن السّبب يستدعِي وجود المسبّب[٣].

ولعلّ الرّاجح هو القول بإجزاء تقديم الحقّ الماليّ والبدنيّ على شرطه، إلاّ فيما ورد النّصّ بعدم إجازة التّقديم؛ كما في الأضحية قبل الصّلاة.

وذلك لقوّة أدلّة القائلين بالإجزاء، ولم تفرّق بين ماليٍّ وبَدَنيٍّ من الحقوق، بل حديث تقديم الكفّارة يشمل حقّاً ماليّاً وبَدَنيّاً وهو الصّوم.

ولأنّ في القول بالإجزاء جمعاً بين النّصوص وإعمالاً لجميعها، والجمع أولى من التّرجيح إذا أمكن الجمع، ووجه ذلك: أنّ الرّوايتين دالّتان على الجواز؛ لأنّ الواو لا تقتضي التّرتيب؛ فلو كان تقديم الكفّارة لا يجزئ لأَبَانَهُ ﷺ، ولقال: فليأتِ ثُمَّ ليكفّر؛ لأنّ تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فلمّا تركهم على مقتضى اللّسان دلّ على الجواز.

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٣٦٦/١، والمجموع ١١٧/٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٤/٢، وشرح مسلم ١١٢/١١، والمغني ٨٠/٤، والمحلّى ٣٣١/٦-٣٣٣.

(٣) انظر: الفروق ١٩٧/١، والمنثور ٣٩٢/١.

ولأنّه قد ورد الحديث في بعض طرقه بلفظ: ((ثُمَّ)) التي تقتضي التّرتيب في قوله ﷺ: ((فَكَفِّرْ عن يَمينك ثُمَّ ائتِ الذي هو خير))[١]، وهذا فيه تصريحٌ بتقديم الكفّارة على الحنث،والكفّارة شاملةٌ للخصال المالية والبدنية[٢].والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

من تطبيقات القاعدة:

١-وجوب الزّكاة له سببٌ وشرطٌ؛ فالسّبب هو ملك النّصاب، والشّرط هو دوران الحول؛ فإنْ أخرج الزّكاة قبل ملك النّصاب لا تجزئ إجماعاً، وبعد ملك النّصاب ودوران الحول أجزأت إجماعاً، وبعد ملك النّصاب وقبل دوران الحول فقولان في الإجزاء وعدمه، وعلى ظاهر القاعدة تجزئ[٣].

٢-وجوب صيام ثلاثة أيّام في الحجّ بدلاً عن هدي التّمتع له سببٌ وشرطٌ؛ فالسّبب هو الإحرام بالعمرة، وشرطٌ هو عدم القدرة على

---

(١) من حديث عبد الرّحمن بن سمرة، أخرجه بهذا اللّفظ أبو داود في سننه ٥٨٥/٣، كتاب الأيمان والنّذور، باب الرّجل يكفّر قبل أن يَحنث، برقم: (٣٢٧٨).

(٢) انظر: معالم السّنن ٥٨٥/٣، ومنتهى الإرادات ٢٧٩/٢، و٣٣٤، وفتح الباري ٦١٨/١١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٥٠.

(٣) وهو مذهب عامّة العلماء خلافاً لرواية عن الإمام مالك وبه يقول سفيان الثّوري. والقول بالإجزاء هو الصّحيح؛ لحديث سؤال العبّاس رضي الله عنه النّبيّ ﷺ في تعجيل صدقته قبل أن تحل، وسبق تخريجه.
ولأنّ قياس عدم الإجزاء على الصّلاة قبل الزّوال قياسٌ باطلٌ؛ لأنّ الصّلاة لها سببٌ فقط هو الزّوال، بخلاف الزّكاة فإنّ لها سبباً وشرطاً.
انظر: سنن التّرمذي ٦٤/٣، وبدائع الصّنائع ١٦٤/٢، وأحكام الجصاص ٣٦٧/١، وبداية المجتهد ١١٦/٢-١١٧، والذّخيرة ٦٧/٤، والفروق ١٩٧/١-١٩٨، والمنثور ٢٤٠/١، وأشباه السّيوطيّ ص ٦٣٣، والعدّة ١٣٢/١.

الهدي؛ فإنْ صام في أشهر الحجّ قبل أن يحرم بالعمرة فلا يعتبر ولا يجزئ بلا خلاف، وإن أخّره حتّى أحرم بالحجّ أجزأه بلا خلاف، وإنْ توسّط بأَنْ صام بعد ما أحرم بالعمرة في أشهر الحجّ وقبل أَنْ يُحْرِمَ بالحجّ جاز على ظاهر القاعدة[1].

٣-أنّ مَنْ عَجَّل هدي الفساد في الحجّ قبل القضاء فإنّه يُجْزِئه[2].

٤-الأضحية مؤقّتةٌ بوقتٍ لها سببٌ وشرطٌ؛ فالسّبب هو شروق الشمس ضحى[3] يوم النّحر، وشرط الذّبح صلاةُ الإمام صلاةَ العيد، فإن قدّمها عليهما فلا تجزئ إجماعاً؛ لأنّها قبل الوقت، وإنْ أخّرها بعدهما أجزأت إجماعاً، وإنْ توسط فلا تجزئ أيضاً على خلاف القاعدة[4]؛

---

(١) وهو مذهب الحنفية، وروايةٌ عند الحنابلة.
وذهب المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية إلى أنّه لا يصوم إلاّ بعد ما يحرم بالحجّ.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٦/٢، وأحكام الجصاص ٣٦٦/١، والهداية ١٥٧/١، والمهذّب ٦٥٢/١-٦٥٤، والمجموع ١١٧/٧، والمغني ٣٦٠/٥-٣٦٣، والعدّة ١٦٩/١، و١٩٠، والمحلّى ١٤٢/٥-١٤٣.

(٢) انظر: المنتقى ٦/٤، والمغني ٣٨٨/١٣.

(٣) وكانت تسميتها اشتقت من اسم الوقت الذي تشرع فيه.
انظر: فتح الباري ٥/١٠.

(٤) ومضى الشّافعية على ظاهر القاعدة فقالوا: إن ذبح بعد هذا الوقت أجزأه، سواء صلّى الإمام أم لا، وسواء صلّى الضّحى أم لا، وسواء ذبح الإمام أضحيته أم لا.
ومذهب الحنفية والمالكية والحنابلة عدم الإجزاء قبل صلاة الإمام عملاً بالنّصّ.
وزاد المالكية في المشهور: أنّ مَنْ ذبح بعد الصّلاة وقبل ذبح الإمام لم يُجزِه.
انظر: إجماع ابن المنذر ص٢٤، ومختصر القدوري ص ٢٠٨، والتّمهيد ٢٧٢/١٠-٢٧٤، و٢٧٦، والاستذكار ٢٢٢/٤-٢٢٥، والمنتقى ١٥٦/٤-١٥٧، ومختصر المزني ص ٣٨١، والمهذّب ٧٥٧/١، والمجموع ٢١٨/٨-٢٢٠، ومختصر الخرقي =

وذلك لورود النّصّ وهو قوله ﷺ لِمَن ذبح قبل الصّلاة: «تلكُ شاةُ لَحمٍ»(١).

٥-أنّ العقيقة لها سببٌ وشرطٌ؛ فالسّبب هو الولادة، وشرطٌ هو اليوم السّابع؛ فَمَن ذبحها قبل الولادة لم تُجزه بلا خلاف، بل تكون شاةَ لَحمٍ، ولو ذبحها بعد الولادة وقبل السّابع أجزأه؛ لأنّه تعجيلٌ بعد وجود سبب الوجوب(٢).

٦-القصاص له سببٌ وشرطٌ؛ فالسّبب هو إنفاذ المقاتل، والشّرط هو زهوق الرّوح؛ فإنْ عفا المقتول عن القصاص قبلهما لم يعتبر عفوه؛ لأنّه إسقاطٌ لحقّ وهو المطالبة بالدّم قبل وجوب سببه وهو القتل، ولا يُتصوّر عفوه بعدهما لعدم الحياة؛ المانعة من التّصرّف، فإنْ عفا بينهما نُفِّذَ(٣).

٧-كفّارة اليمين لها سببٌ وشرطٌ؛ فالسّبب هو اليمين، والشّرط هو الحنث؛ فإنْ قُدِّمت عليهما لم يعتبر ذلك فلا تجزئ إجماعاً، وإنْ أُخِّرَت عنهما أجزأت إجماعاً، وإنْ توسطت بين اليمين والحنث فقولان بين العلماء في إجزائها وعدم إجزائها، وعلى ظاهر القاعدة تجزئ(٤).

=

٣٨٨/١٣، والمغني ٣٨٤/١٣-٣٨٧، وشرح مسلم ١١٢/١٣، وفتح الباري ٥٣٠/٢، و١٠/٥-٦، و٢٣.

(١) تقدّم تخريجه عند ذكر أدلّة القول الثّاني لهذه القاعدة.

(٢) انظر: المهذّب ٧٦٩/١، والمجموع ٢٥٠/٨، والمغني ٣٩٦/١٣-٣٩٧.

(٣) وقد حكى القرافي إجماعاً عليه. انظر: الفروق ١٩٨/١، والذّخيرة ٦٦/٤-٦٧، وحاشية الدّسوقيّ ٢٤٠/٤، والمغني ٣٦٢/٥، وتطبيقات القواعد ص ١٤٣.

(٤) تقدّم الكلام على هذه المسألة عند ذكر مناسبة القاعدة بما تغني عن الإعادة. وانظر: بدائع الصّنائع ٢٤٥/٤، وأحكام ابن العربيّ ١٥٥/٢-١٥٦، والفروق

=

من مستثنيات القاعدة:

١-لا يجزئ ذبح الأضحية قبل صلاة الإمام مع تقدّم سببها وهو شروق الشّمس من يوم النّحر،وهذا على خلاف القاعدة،وذلك للنّصّ الوارد في ذلك وقد تقدّم في الفرع الرّابع.

٢-لا يجوز ذبح هدي التّمتع قبل يوم النّحر مع وجود سبب وجوبه وهو الإحرام بالعمرة أو بالحجّ[1].

=

١/١٩٧، والذّخيرة ٤/٦٦-٦٧، والمغنِي ٥/٣٦٢، و١٣/٤٨٢، وتطبيقات القواعد ص ١٤١.

(١) انظر: أحكام الجصاص ١/٣٦٦. خلافاً للشافعية. انظر: المهذّب ١/٦٥٢-٦٥٣، والمجموع ٧/١١٧، والمغنِي ٥/٣٢٠.

المبحث التّاسع: القاعدة التّاسعة [٩]

[الفُرُوعُ تَابِعَةٌ للأُصُولِ؛ فَوَجَبَ لَهَا حُكْمُ الأَصْلِ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل كتاب الرّهون[(١)]، في مسائل أحكامها، عند مسألة: نَماء الرّهن المنفصل دليلٌ للحنفية؛ حيث قال: «ومن مسائل هذا الباب المشهورة؛ اختلافهم في نَماء الرّهن المنفصل[(٢)]، مثل: الثّمرة في الشّجر المرهون، ومثل الغلّة، ومثل الولد؛ هل

---

(١) الرّهون، جمع رَهْنٍ، وهو لغةً: الثّبوت والدّوام.
وشرعاً: هو ما يوضَع وثيقةً للدَّين، أو حَبْسُ العين بالدَّين، أو حَبسُ شيءٍ بِحَقٍّ يمكن استيفاؤه منه.
انظر: المفردات ص ٢١٠، والمصباح المنير ص ٩٢، وطلبة الطّلبة ص ٢٩٨، وبداية المجتهد ٥١/٤، وأنيس الفقهاء ص ١٠٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩٤، و٢٠٤.
والرّاهن: الذي يُقَدِّم الرّهنَ، أي: المدين الذي دفع الرّهن، الذي هو مالك الرّقبة.
انظر: طلبة الطّلبة ص ٢٩٨-٢٩٩، وبداية المجتهد ٥١/٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩٤.
والمرتهن: هو صاحب الحقّ الموثوق، الذي يقبض الرّهنَ ليستوفى منه حَقَّه. انظر: بداية المجتهد ٥٦/٤.
والرَّهْنُ، أو المرهون: هو العين المحبوسة لاستيفاء الحقّ منها. انظر: بداية المجتهد ٥٢/٤.
(٢) أمّا النّماء، ويُسمَّى: الزّائدة أو الزّوائد فعلى أربعة أوجه:
١- زيادةٌ مُتَّصلةٌ مُتولِّدةٌ من الأصل؛ كالسّمن والكِبَر والتّعلّم والحمل والثّمرة قبل التّأبير؛ فلا خلاف أنّه يدخل في الرّهن؛ لأنّه يتبع الأصل في العقود والفسوخ، ولا ينفرد عنه.
٢- زيادةٌ مُتَّصلَةٌ غير مُتَوَلِّدَة من الأصل؛ كالصّبغة على الثّوب؛ فإنّها تدخل في الرّهن كذلك، بلا خلافٍ؛ لعدم إمكان فصلها.
٣- زيادةٌ مُنْفَصلَةٌ غير مُتَوَلِّدَةً من الأصل؛ كالكسب والهبة والصّدقة؛ فإنّها لا تدخل في الرّهن؛ لأنّها ليست بمرهونةٍ بنفسها، ولا هي بدلٌ للمرهون، ولا
=

يدخل في الرّهن أم لا؟[١].

فذهب قومٌ إلى أنّ نَماء الرّهن المنفصل لا يدخل شيءٌ منه في الرّهن، أعنِي: الذي يحدث منه في يد المرتهن، ومِمَّن قال بهذا القول الشّافعي[٢].

=

جزء منه، ولا بدل جزء منه، فلا يثبت فيها حكم الأصل، خلافاً للحنابلة؛ فإنّ جَميع النّماء يدخل في الرّهن مطلقاً عندهم.

٤- زيادةٌ مُنْفَصِلَةٌ مُتَوَلِّدَةٌ من الأصل؛ كالولد، والثّمر بعد التّأبير، واللّبن، والصّوف ونحوها، ففيه خلافٌ جارٍ بين الفقهاء، على ما ذكره الإمام بن رشد.

انظر: بدائع الصّنائع ٢٠١/٥، و٢٢٧، و٢٣٠، و١٥٨/٦-١٥٩، والمعونة ١١٦١/٢-١١٦٢، وبداية المجتهد ٥٧/٤-٥٩، والمهذّب ٣٢٢/٢، والمقنع ١٦٣/١٥.

(١) وثَمرةُ هذه المسألة؛ أنّ مَن قال: يدخل في الرّهن، يعنِي: يُباع مع الرّهن الأصليّ، ومَن قال: لا يدخل، فلا يُباع مع الأصل. انظر: الشّرح الكبير ٤٢٧/١٢.

(٢) لأنّ الحكم الأصلي للرّهن هو كون المرتهن أخصّ ببيع المرهون، وأحقّ بثمنه من بين سائر الغرماء، فقبل البيع لا حقّ له في الرّهن حتّى يسري إلى الولد؛ فأشبه ولد الجارية إذا جنت ثم ولدت أنّ حكم الجناية لا يثبت في ولدها؛ لأنّ حكم جناية الأم هو وجوب الدّفع إلى المجنِي عليه، وأنّه ليس بِمعنًى ثابتٍ في الأم، فلم يسر إلى الولد، كذا هذا.

والدّليل على أنّ الزّوائد ليست مرهونةً أنّها ليست بمضمونة عند الجميع، فلو كانت مرهونةً لكانت مضمونةً كالأصل. انظر: بدائع الصّنائع ٢٢٠/٥، و١٣٢/٦، والمهذّب ١٥٩/٢-١٦١.

ولعلّ هذا القول هو أرجح الأقوال في نظري، والعلم عند الله.

وأمّا قول الحنفية فقد خالفوه في نَماء العين المغصوبة؛ حيث قالوا: إنّ ولد المغصوبة ونماءها، وثَمرة البستان المغصوب أمانةٌ في يد الغاصب إن هلك في يده، فلا ضمان عليه إلاّ أن يتعدّى فيها، أو يطلبها مالكها فيمنعها إيّاه، فلم يجعلوا الفروع هناك

=

وذهب آخرون إلى أنّ جميع ذلك يدخل في الرّهن، وممَّن قال بهذا القول أبو حنيفة والثّوري[١].

وفرق مالكٌ فقال: ما كان من نَماء الرّهن المنفصل على خلقته وصورته؛ فإنّه داخلٌ في الرّهن؛ كولد الجارية مع الجارية، وأمّا ما لم يكن على خلقته؛ فإنّه لا يدخل في الرّهن كان مُتولّداً عنه؛ كثمر النّخل، أو غير مُتولّدٍ؛ ككراء الدّار وخراج الغلام[٢].

وعمدة مَنْ رأى أنّ نَماء الرّهن وغلّته للرّاهن قوله ﷺ: (الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ ومَرْكُوبٌ)[٣]، قالوا ووجه الدَّليل من ذلك أنّه لَم يُرِدْ بقوله:

=

تابعةً للأصول، وكذا هنا، وكون الزّوائد تابعةً للأصل المغصوب أولَى؛فتكون مضمونةً مع الأصل، متّصلةً كانت أو منفصلةً؛ لوجود التّعدّي بالغصب، وهذا أولَى من قول الحنفية: إنّ يد المالك ما كانت ثابتةً على هذه الزّيادة حتّى يزيلها الغاصب، وهذا غريبٌ، هلاّ يترك غصب المغصوب فتأتيه هذه الزّيادة؟!

انظر: مختصر القدوري ص١٣٠، وبدائع الصّنائع ٢٢٠/٥، و٢٢٧، و٢٣٠، و١٣٢/٦-١٣٣، و١٥٨، والهداية ١٩/٤، والتّمهيد٢٨٠/١٢، و٢٨٣، والاستذكار ٥٤٦/٥-٥٥١، والمهذّب ١٥٩/٢-١٦١، و٣٢٢، وروضة الطّالبين ٧/٥.

(١) وهو مذهب الحنابلة.
انظر: بدائع الصّنائع ٢٠١/٥-٢٠٢، و٢٢٠-٢٢٦-٢٣١، و١٣٢/٦-١٣٣، والهداية ١٣٣/٤، والمقنع الشرح الكبير والإنصاف ٤٢٧/١٢-٤٣٠، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٠/٣.

(٢) هذا هو المشهور عند المالكية، انظر: رسالة القيرواني ص ٢٣١، والمعونة ١١٦١/٢-١١٦٢، وعقد الجواهر ٧٧١/٢، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢٠٨/٢-٢٠٩، والفواكه الدّواني ١٨٢/٢-١٨٣.

(٣) أخرجه بهذا اللّفظ الدّارقطني في سننه ٤٤١/٣، برقم: (٢٩٣٠)،من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. وأخرجه البخاري من حديثه أيضاً بلفظ: «الرّهنُ يُرْكَبُ

=

(مَرْكُوبٌ ومَحلُوبٌ)، أي:يَركبه الرّاهن ويَحلبه؛ لأنّه كان يكون غير مقبوض، وذلك مناقضٌ لكونه رهناً؛ فإنّ الرّهن من شرطه: القبض[(١)]، قالوا: ولا يصحّ أيضاً أن يكون معناه: أنّ المرتَهِن يَحلبه ويركبه؛ فلم يبقَ إلاّ أن يكون المعنَى في ذلك: أنّ أجرة ظهره لربّه، ونفقته عليه...، قالوا: ولأنّه نماءٌ زائدٌ على ما رضيه رهناً؛ فوجب أن لا يكون له إلاّ بشرط زائد[(٢)].

وعمدة أبي حنيفة: أنّ **الفروعَ تَابعَةٌ للأصولِ؛ فَوَجَبَ لَهَا حُكْمُ الأصل**، ولذلك حُكْمُ الوَلد تَابعٌ لِحُكْمِ أمّه في التّدْبير والكِتَابة[(٣)].

وأمّا مالكٌ؛ فاحتجّ بأنّ الولد حُكْمُهُ حكم أمّه في البيع، أي: هو تَابعٌ لها، وفَرَّقَ بين الثّمَر والولد في ذلك بالسّنة المفرِّقة في ذلك، وذلك أنّ الثّمر لا يَتْبَعُ بيع الأصل إلاّ بالشّرط[(٤)]، وولد الجارية يَتْبَعُ بغير

=

بنفقته ويُشرَبُ لَبَنُ الدّرِّ إذا كان مَرهوناً»، وبلفظ: «الظَّهْرُ يُرْكَبُ بنفقَته إذا كان مَرهُوناً، ولَبَنُ الدّرِّ يُشْرَبُ بنَفَقَته إذا كان مَرهُوناً، وعلى الذي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ»، صحيح البخاري ٥/١٧٠، كتاب الرّهن في الحضر، باب الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ ومَحْلُوبٌ، برقم: (٢٤٣٤-٢٤٣٥).

انظر: معالم السّنن٣/٧٩٥، وبدائع الصّنائع٥/٢١٩.

(١) انظر: بداية المجتهد ٤/٥٤، وفتح الباري ٥/١٧١.

(٢) انظر: فتح الباري ٥/١٧١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٢٢٧، و٢٣٠.

(٤) لعلّه يشير إلى حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما المتّفق عليه، أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ نَخلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهُ للبائع، إلاّ أَنْ يَشْتَرطَهُ المبْتَاعُ»، أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٣٦٩، كتاب الشّروط، باب إذا باع نَخْلاً قد أُبِّرَت، برقم: (٢٦٣٠)، ومسلم في صحيحه ٣/١١٧٢، كتاب البيوع، باب مَن ما باع نَخلاً عليها ثَمرٌ، برقم: (١٥٤٣).

=

شرطٍ[1]»[2].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «الزّيادةُ تبعٌ للمزيد عليه»[3].

وفيه أيضا: «كلّ جزءٍ من أجزاء الرّهن مرهونٌ، وبدلُ الشّيء قائمٌ مقامه، كأنّه هو، فكان حكمه حكمَ الأصل، والأصل مضمونٌ فكذا بدله»[4].

ما جاء في الهداية: «الفرع يَحصل على وصف الأصل»[5].

ما جاء في الاستذكار: «الأصول لا يُرَدُّ بَعْضُهَا إلى بَعضٍ، وإنّما يُرَدُّ إلى الأصلِ فَرْعُهُ»[6].

ما جاء في مذكّرة أصول الفقه: «رفع المتبوع يقتضي رفع التّابع»[7].

وفيه: «إذا سقط حكمُ الأصل سقط حكمُ الفرع»[8].

=

قال في فتح الباري ٤/٤٧٠: «واستدلّ به على أنّ المؤبَّر يُخالف في الحكم غير المؤبَّر».

(١) لعلّه يشير إلى حديث النّهي عن التّفريق بين والدة وولدها بقوله ﷺ: «مَنْ فَرَّقَ بين والدة وولدها، فَرَّقَ الله بينه وبين أَحِبَّتِهِ يوم القيامة»، والحديث يأتي تخريجه في القاعدة [٤٩] حيث ذكر في المتن.

(٢) بداية المجتهد ٤/٥٧-٥٩.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٩٦، وانظر: ٤/٣٦٧، و٥٧٣.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٢٢٧، و٢٣٠.

(٥) الهداية للمرغيناني ٤/١٤، وانظر: ١٣٣.

(٦) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٣/٢١، وانظر: القوانين الفقهية ص ٨، ومواهب الجليل ٣/١٦٢.

(٧) مذكّرة أصول الفقه للشّيخ الشّنقيطي ص ١٠٧.

(٨) مذكّرة أصول الفقه للشّيخ الشّنقيطي ص ١٠٨، وانظر: شرح القلشاني ص

=

ما جاء في روضة الطّالبين: «إثبات اليد العادية سببٌ للضّمان، وينقسم إلى: مباشرةٍ بأن يغصب الشّيء فيأخذه من يد مالكه، وإلى التّسبّب، وهو في الأولاد، وسائر الزّوائد؛ لأنّ إثبات اليد على الأصول سببٌ لإثباتها على الفروع؛ فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبةً»[١].

ما جاء في المنثور: «المتولِّد من التّعدِّي في حكم التّعدِّي؛ كالجراحة إذا سرت إلى النّفس»[٢]، فأعطى الفرع حكم الأصل.

وفيه أيضاً: «مَنْ مَلَك أرضاً مَلَكَ هواها إلى عنان السّماء، وتَحتها إلى تَخوم الأرض»[٣].

شرح مفردات القاعدة:

الفروع؛ جمعُ فَرْعٍ، وهو من كلّ شيءٍ أعلاه، وما يتفرّع من أصله[٤].

للأصول؛ جمعُ أصلٍ، وأصل كلّ شيءٍ أسفله، وأساس الحائط أصله، وقيل: أصل كلّ شيءٍ، ما يستند وجود ذلك الشّيء إليه؛ فالأب أصلٌ للولد[٥].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تُقَرِّرُ حكماً من أحكامٍ أغلبيّةٍ في الفقه الإسلامي، وهو

=

.٨٢١

(١) روضة الطّالبين للنّووي ٥/٧، و٢٧، و٤٥.
(٢) المنثور للزّركشي ٢/٧٥.
(٣) المنثور للزّركشي ٢/٣١٢.
(٤) انظر: المصباح المنير ص ١٧٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣١٢.
(٥) انظر: المصباح المنير ص ٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ٥١-٥٢.

أنّ العلاقة بين الأصل وفرعه، علاقةٌ تلازميّةٌ؛ كعلاقة السّبب لِمُسَبَّبه؛ حيث يلزم من وجود السّبب وجود مُسَبَّبه في الغالب، كما يلزم من عدمه عدم المُسَبَّب، كذلك الأصل مع الفرع؛ حيث عُدِمَ الأصلُ فالفرعُ معدومٌ ضرورةً[١]؛ فإنّ الأصل كالقلب، والفرع كالجسد؛ حيث إنّ صلاح الفرع الذي هو الجسد تابعٌ لصلاح الأصل الذي هو القلب، كما ورد في قوله ﷺ : «ألا وَإنّ في الجَسَد مُضْغَةً إذَا صَلَحَتْ، صَلَحَ الجَسَدُ كُلُّهُ، وإذا فَسَدَتْ فَسَدَ الجَسْدُ كُلُّهُ، ألاَ وهي القَلْبُ»[٢].

فالفرع يتبع أصله؛ فلا يُفْرَدُ له بالشّرط، ولا يُفْرَدُ له بالسّبب، ولا يُفْرَدُ بالعلّة على حدة؛ لئلاّ ينقلب التّبعُ أصلاً؛ فيستقلّ بحكمٍ[٣].

ويشترط للفرعِ الذي يتبع الأصل في الحكم أن يكونا من جنسٍ واحد؛ فإذا كان الفرع من جنس الأصل، أو مُتفرِّعاً منه، أو حاصلاً بسببه تَبعَهُ وأَخَذَ حُكمَهُ، وإنَ كان مُخالفاً ومُغايراً له في الجِنس لم يتبع؛ إذ لم يتَمّ فرعيته له حينئذ[٤].

وكذلك تُشْتَرَطُ إمكانية التّبع شرعاً، وحيث لا يُمكن لا يتبع، كما في الولد؛ فإنّه يتبع أفضل أبويه وأشرفهما ديناً ونسباً، فلو ماتت كتابيةٌ حُبْلَى تَحت مسلم، وفي بطنها ولدٌ للمسلم؛ فإنّ الولد يتبع أباه، فلو قدّر

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٨/٥، وبداية المجتهد ٣٥٦/١.

(٢) من حديث النّعمان بن بشير رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ١٥٣/١، كتاب الإيمان، باب فضل مَن استبرأ لدينه، برقم: (٥٢)، ومسلم في صحيحه ١٢٢٠/٣، كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وتركَ الشّبهات، برقم: (١٥٩٩)، واللّفظ له.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٩٦/٢-٩٧، و٣٦٧/٤.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٦٣/٢-٩٧، و٣٦٧، والاستذكار ٢١/٣، والمجموع ٢٥٩/٢.

أنّ الولد أيضاً مات في بطن الأمّ؛ فإنّه لا يُصلَّى عليه؛ لأنّه فرعٌ من أصلٍ لا يصلّى على مثله بالإجماع؛ لأنّ الصّلاة على الكافرة غير مشروعة، فتبعها الولد حيث أمكن دون غيره[١].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

القاعدة مجمع عليها لدى الفقهاء في الجملة،وإن اختلفوا في بعض تفاصيلها؛نظراً لِمَا يعدّ فرعاً يتبع فيه الأصل، كما تقدّم في مسألة مناسبة إيراد القاعدة.

قواعد ذات العلاقة:

قاعدةٌ: إذا لم يُوجَدِ الأصلُ لَم يُوجَدِ الفرعُ[٢]، ذكرها الإمام ابن رشد دليلاً للقول القاضي بأنّه لا ميراث حيث لم يثبت النَّسَبُ؛ لأنّ النَّسَبَ أصلٌ، والميراثُ فرعٌ، وإذا لَم يوجد الأصل لَم يوجد الفرع ضرورةً، والعلاقة بينها وبين القاعدة علاقةٌ تلازميةٌ؛ حيث يلزم من وجود الفرع وجود الأصل، ومن عدمه عدم الفرع.

قاعدةٌ: حيث وجبت السُّكْنَى في الشّرع وجبت النَّفَقةُ[٣]، ذكرها الإمام ابن رشد مُرجِّحاً لمذهب الكوفيّين أنّ للمبتوتة السُّكْنَى والنَّفقة؛ ذلك أنّ النّفقة تابعةٌ لوجوب الإسكان في الرّجعية، وفي الحامل، وفي نفس الزّوجية، فالعلاقة علاقةٌ تطبيقيّةٌ تلازميةٌ.

قاعدة: ما تولّد عن المبيع داخلٌ في العقد[٤]، ذكرها حُجَّةً لأبي

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٢/٢، وفتح الباري ٤٦٥/١، و٧٠٣.

(٢) بداية المجتهد ٣٥٦/٢، طبعة دار الكتب العلمية، القديمة.

(٣) بداية المجتهد ٩٥/٢، طبعة دار الكتب العلمية، القديمة، وانظر: الهداية ٣٢/٢.

(٤) بداية المجتهد ١٨٣/٢، طبعة دار الكتب العلمية، القديمة.

حنيفة في قوله: إنّ الزّوائد كلّها تَمنع الرّدّ بالعيب، وتوجب أرش العيب إلاّ الغلّة والكسب؛ لأنّ ما تولّد عن المبيع داخلٌ في العقد، فالعلاقة بينها وبين القاعدة؛ علاقة تَخريج الفرع على الأصل.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بأدلّة منها:

١-قوله ﷺ : ((ألا وَإنّ في الجَسَد مُضْغَةً إذَا صَلَحَتْ، صَلَحَ الجَسَدُ كُلُّهُ، وإذا فَسَدَتْ فَسَدَ الجَسْدُ كُلُّهُ، أَلاَ وهي القَلْبُ)).

وجه الاستدلال منه؛ قال في المنهاج: ((المضغة، القطعة من اللّحم، سُمِّيت بذلك؛ لأنّها تُمْضَغُ في الفم لصغرها، والمراد تصغير القلب بالنِّسبة إلى باقي الجسد، مع أنّ صلاح الجسد وفساده تابعان للقلب))[١].

وقال في فتح الباري: ((سُمِّيَ القلبُ قَلْباً لتَقَلُّبه في الأمور، أو لأنّه خالصٌ ما في البدن، وخالصُ كلِّ شيءٍ قَلْبُهُ، أو لأنّه وُضِعَ في الجسد مَقلوباً...، وخُصَّ القلبُ بذلك؛ لأنّه أمير البدن، وبِصلاح الأمير تصلح الرّعية، وبفساده تفسد))[٢].

٢-قوله ﷺ : ((ذَكَاةُ الجَنينِ ذَكَاةُ أُمِّه))[٣].

---

(١) المنهاج شرح صحيح مسلم للنّووي ١١/٣٠-٣١.

(٢) فتح الباري للحافظ ابن حجر ١/١٥٦.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٣/٢٥٣، كتاب الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين، برقم: (٢٨٢٨)، والتّرمذيّ في سننه٤/٦٠،كتاب الأطعمة،باب ماجاء في ذكاة الجنين، برقم: (١٤٧٦)، وقال: ((هذا حديثٌ حَسنٌ صحيحٌ...، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النّبيّ ﷺ وغيرهم)).
وصحّحه الألباني في: صحيح أَبي داود برقم: (٢٤٥٢)، الجامع الصّغير برقم: (٥٧٤٤)، ومشكاة المصابيح برقم: (٤٠٩١).

٣-قولهم: «سُتْرَةُ الإمامِ سُتْرَةٌ لِمَن خَلْفَهُ»(١).

حيث إنّ مفاد هذه النّصوص إلْحاق الفرع بالأصل،وإعطاؤه حكم الأصل عينه.

من تطبيقات القاعدة:

١-مَن غصب سيّارةً فاستغلّها فنقصتها الغلّة؛ فعليه ضَمان النّقصان، ويتصدَّق بالغلّة؛ لأنّه فرعٌ حصل بسبب أصلٍ خَبيث، وهو التّصرّف في ملك الغير بغير إذنه، وما هذا شأنُهُ فسبيله التّصدّق؛ إذ الفرع يحصل على وصف الأصل، والملك المستند ناقصٌ فلا ينعدم به الخبث؛ فلا يطيب له مطلقاً؛ أي: قبل أن يضمن، وكذا بعد الضّمان بكلّ حال(٢).

٢-ومثله: لو غصب ألفاً فاشترى بها سلعةً فباعها بألفين، ثم اشترى بالألفين سلعةً فباعها بثلاثة آلاف ريال؛ فإنّ الرّبح لمالكه، أو يتصدّق بجميع الرّبح؛ لأنّه فرعٌ نتج عن أصلٍ خبيثٍ غير مفيدٍ للملك؛ فلا يطيب له، مطلقاً وبكلّ حالٍ(٣).

---

(١) بوّب به الإمام البخاري في صحيحه١/٦٨٠،وذكره التّرمذي في سننه٢/١٥٨، بعد الحديث(٣٣٥).

(٢) هذا قول أبي حنيفة ومحمّد بن الحسن،خلافاً لأبي يوسف،انظر:الهداية ٤/١٣-١٤.

(٣) هذا مذهب الحنفية والحنابلة.

وقال المالكية: إذا ردّ المالَ طاب له الرِّبح، مغصوباً كان المالُ أو مستودَعاً عنده مستعدياً فيه، وهو قول الشّافعي الجديد، ولعلّ الحقّ خلاف قولهم هذا؛ لأنّه يفتح باب الشّرّ، والله تعالى أعلم بالصّواب.

انظر: الهداية ٤/١٤، والاستذكار ٦/١٥٤-١٥٥، والمنتقى ٧/٣١١، و٣١٣، والفروق ٤/٩، و٢٩، والذّخيرة ٨/٣١٨، والمهذّب ٢/٣٢٦، والمقنع والشّرح =

٣- أنّ زوائد العين المغصوبة ونَماءها مضمونةٌ تبعاً للأصل، سواء كانت مُتَّصلةً أم منفصلةً؛ لأنّ الفروع تابعةٌ للأصول، خلافاً للحنفية في قولهم: إنّ الزّوائد في الغصب غير مضمونة في باب الغصب(١).

٤- ثبوت النَّسَبِ في جانب الرّجل فرعٌ، والفراشُ أصلٌ، فمَتَى وجد الفراشُ ثبت النَّسَبُ ما لَم يُنْفَ؛ لأنّ الفروع تابعةٌ للأصول؛ فيجب لها حكمها(٢).

٥- إذا ذُكِّيت البَهيمةُ؛ فخَرَجَ من جوفها جَنينٌ ميِّتٌ، كان ذَكيّاً بذكاتها؛ ذلك أنّ التّذكية في الشّرع بحسب القدرة والتّمكين، وتذكية الجنين لا يوصل إليها إلاّ بأن تُذَكّى أُمُّهُ فيُذَكّى بذكاتها، ولأنّ الجنين المتّصل بأمّه تابعٌ لَها في كلّ الأحكام الثّابتة لها، وكذلك في الذّكاة(٣).

٦- مَنْ باع داراً، يدخل في بيعها جَميعُ مرافقها، وجميع ما تجمعه الحدود الأربعة وتدخل أغاليق الدّار ومفاتيح أغاليقها، إلاّ أن يُشْتَرَط شيءٌ لفظاً أو عرفاً(٤).

=

الكبير والإنصاف ١٥/٢٦٢، و٢٧٥، و٢٨٦-٢٨٨، والمحلّى ٦/٤٣٠.

(١) انظر: الهداية ٤/١٩، والمهذّب ٢/٣٢٦-٣٢٧، وروضة الطّالبين ٥/٢٧، و٤٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٦٣.

(٣) انظر: الموطّأ ٢/٤٩٠، والمعونة ٢/٦٩٤، والاستذكار ٤/٢٦٤-٢٦٥، والمنتقى ٤/٢١٥-٢١٧، ومعالم السّنن ٣/٢٥٣.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٩، و٣٧٢.

٧- أنّ مَا كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ؛ لأنّ الفسخ رفع العقد؛ فينفسخ العقد في الأصل بالفسخ فيه مقصوداً، وينفسخ في الزّيادة تبعاً للانفساخ في الأصل(١).

٨- إذا سقط الحقّ عن الأصيل المضمون عنه، سقط عن الضّامن، كما لو أبرأ الطّالبُ المضمون عنه، أو استوفي منه برئ الضّامن؛ لأنّه فرعٌ والأصيل أصلٌ، والفروع تابعةٌ للأصول؛ فإبراء الأصيل توجب إبراء الضّامن؛ لأنّ الدَّين عليه(٢).

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٦٠، وبداية المجتهد ٢/١٨٣.
(٢) انظر: الهداية ٣/٨٨، و٩١، والمنتقى ٧/٤٧٥، والمهذّب ٢/٢٥٣، ومختصر الخرقي والمغني ٧/١٠٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٣/١١، و٢٦، و٢٨.

المبحث العاشر: القاعدة العاشرة [١٠]

[الأصلُ هو أنّ القَضَاءَ يَجبُ أنْ يَكونَ على صِفَةِ الأدَاءِ]

ذكرها ابن رشد في مسألة مَن تفوته صلاة العيدين مع الإمام كيف يقضيها عند توجيه الأقوال فيها(١) دليلاً لأحدها؛ حيث قال: ((...فَمَـن

(١) لا خلاف بين الفقهاء في أنّ القضاء لا يجب عليه؛ لأنّه بدلٌ عمّا ليس بواجبٍ على الصّحيح؛ فلا يكون واجباً، وإنّما يستحبّ له، واختلفوا في صفة القضاء.

المذهب الأوّل: يصلّيها أربعاً مثل صلاة الضّحى،به قال الحنفية والحنابلة،وعليه اقتصر الخرقي، دليلهم:

١- لأنّها إذا فاتت لا يمكن تداركها بالقضاء لفقد الشّرائط؛ فيصلّيها مثل صلاة الضّحى؛ لينال الثّواب.

٢- ولأنّه لو قيل بوجوب القضاء عليه؛ فإمّا أن يقضيها مع التّكبيرات أو بدونها، ولا يمكنه أن يقضي مع التّكبيرات؛ لأنّ ذلك غير مشروعٍ إلاّ في صلاة العيد، والمنفرد لا يتمكّن من أداء صلاة العيد، ولا يجوز أن يقضيه بدون التّكبيرات؛ لأنّ القضاء بصفة الأداء.

المذهب الثّاني: يُستحبّ على صفة الأصل، به قال المالكية والشّافعية وعليه مذهب الحنابلة، نصّ عليه الماوردي في الإنصاف ٥/٣٦٤، واقتصر عليه ابن النّجار في منتهى الإرادات ١/٩٨، ولم يذكر غيره البهوتي في شرحه ٢/٤٤؛ دليل هذا القول:

١- فعل أنس رضي الله عنه؛ أنّه كان إذا فاتته صلاة العيد مع الإمام، جمع أهله؛ فصلّى بهم مثل صلاة الإمام، أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفه ٢/١٨٣، والبيهقي في السّنن الكبرى ٣/٣٠٥.

٢- لأنّه قضاءُ صلاة فكان على صفتها؛ كسائر الصّلوات.

٣- ولأنّ الأصل في القضاء أن يكون على صفة الأداء، عملاً بالقاعدة.

وهذا المذهب هو أرجح المذهبين في نظري؛ لقوّة أدلّته وسلامتها ووجاهتها، والله تعالى أعلم بالصّواب.

=

قال[١] أربعاً شبّهَها بصلاة الجمعة، وهو تشبيهٌ ضعيفٌ، ومَن قال[٢] ركعتين كما صلاّهما الإمام فمصير إلى أنّ الأصل هو أنَّ **القَضَاءَ يَجبُ أنْ يكونَ على صفة الأداء**، ومَن[٣] منع القضاء؛ فلأنّه رأى أنّها صلاةٌ من شرطها الجماعة والإمام كالجمعة؛ فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا أربعاً؛ إذ ليست هي بدلاً من شيءٍ»[٤].

وذكرها أيضاً عند بيانه سبب اختلافهم في مسألة: هل يقضي المسافر والمريض الصّوم متتابعاً أم لا؟[٥]؛ حيث قال: «وسبب اختلافهم: تعارض

=

انظر: مختصر القدوري ص ٤١، والمبسوط للسّرخسي ١٢٤/٢، وبدائع الصّنائع ٦٢٤/١، وتهذيب المدوّنة ٣٣٠/١، وعقد الجواهر ١٧٥/١، والذّخيرة ٤٢٣/٢، والقوانين الفقهيّة ص ٥٩، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٥٨١/٢-٢٨٢، والمهذّب ٣٩٦/١، والمجموع ٢٥/٥-٢٦، ومختصر الخرقي والمغني ٢٨٤/٣-٢٨٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣١٦/٥، و٣٦٤-٣٦٥، وشرح منتهى الإرادات ٤٤/٢، والمحلى ٣٠٧/٣.

(١) وهو مذهب الحنفية وروايةٌ عن الإمام أحمد، اختارها بعض الحنابلة وشهّروها.

(٢) وهو صحيح مذهب المالكية، والشّافعية والحنابلة على صحيح المذهب.

(٣) أي: قال: لا يجب القضاء إذا فاتت، وبه قال الجميع، وإن اختلفوا في كيفية صلاتها على ما مضى.

(٤) بداية المجتهد ٥١١/١، وانظر: ١٧٣/٢، و٣١٥.

(٥) ذهب المذاهب الأربعة إلى استحباب القضاء متتابعاً وليس التّتابع بواجب، بل هو مُخيَّرٌ، وحملوا المتابعة على الاستحباب، بناء على هذا؛ فلو فرّق جاز؛ للنّصّ، ولأنّ التّتابع وجب في شهر رمضان لأجل الوقت فسقط بفواته.
وخالف الظّاهرية؛فأوجبوا التّتابع،إلاّ أنّهم يوافقون الجمهور في أنّه لو فرّق أجزأه.
انظر: مختصر القدوري ص ٦٣، والهداية ١٢٦/١-١٢٧، والمعونة ٤٨٤/١، والقوانين الفقهيّة ص ٨٣، والمهذّب ٥٩١/١، و٦٠٣-٦٠٤، والمجموع ٢٦٦/٦-

=

ظواهر اللّفظ والقياس؛ وذلك أنّ القياس يقتضي أن يكون **الأداءُ على صفة القضاء**، أصل ذلك الصّلاة والحجّ، أمّا ظاهر قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾(١)؛ فإنّما يقتضي إيجاب العدد فقط لا إيجاب التّتابع»(٢).

توثيقها:

ورد ذكر القاعدة أو مفادها في بعض كتب الفقهاء منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «القضاء يكون على حسب الأداء»(٣)، وفيه أيضاً: «القضاء يكون على قدر الفائت»(٤)، وفيه -أيضاً-: «القضاء هو تسليم مِثْلِ الواجب»(٥).

وجاء في مواهب الجليل: «الواجب كون القضاء بصفة الأداء»(٦).

وجاء في المجموع: «يسلك بالقضاء مسلك الأداء»(٧).

وجاء في المغني: «القضاء يكون على صفة الأداء»، و«القضاء يكون على وفق الأداء». و«القضاء يكون على حسب الأداء»(٨).

وجاء في تقرير القواعد: «مَن شرع في عبادة تلزمُ بالشّروعِ ثم فسدت؛ فعليه قضاؤها على صفة التي أفسدها،سواءً كانت واجبةً في

=

٢٢٧، ومختصر الخرقي والمغني ٤/٤٠٨، والمحلّى ٤/٤٠٨.

(١) سورة البقرة، من الآية: ١٨٥.

(٢) بداية المجتهد ٢/١٧٣.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٢١٢.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٢٣١، و٢٣٢، و٤٠٢.

(٥) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٢٣٥.

(٦) مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٤٨.

(٧) المجموع للنووي ٧/٢٤٧.

(٨) المغنِي لِموفّق الدِّين ابن قدامة ٢/١٣٥، و٣/٢٣، و١٠١-١٠٢، و١٠/٧٧.

الذّمّة على تلك الصّفة أو دونها»[(١)].

وجاء في شرح منتهى الإرادات: «القضاء يكون بصفة الأداء فيما يمكن»[(٢)].

وجاء في معجم لغة الفقهاء: «القضاء يشبه الأداء؛ لكونه مثله في الصّورة»[(٣)].

شرح مفردات القاعدة:

القضاء يطلق على: الفراغ، والإنهاء، والأداء، والإلزام[(٤)].

واستعمل العلماءُ القضاءَ في: العبادة المؤقّتة التي تُفعَل خارج وقتها المحدود شرعاً.

لذا عرّفه في معجم لغة الفقهاء بأنّه: فعل مثل الواجب بعد وقته استدراكاً لِما سبق، ومنه: قضاء الصّلاة، وقضاء الصّوم[(٥)].

فالقضاء، هو: تسليم مِثْلُ الواجب[(٦)].

والأداءَ: فِعْلُ شيءٍ في الوقت المحدود له شرعاً[(٧)].

---

(١) قواعد ابن رجب ص ١٤٦، قاعدة: [٣١].

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٤٥/٦، وانظر: ٤٢٦/٢ منه، والرّوض المربع ٤٦٤/١.

(٣) معجم لغة الفقهاء لـ أ.د. محمّد رواس قلعة جي ص ٣٣٣.

(٤) انظر: المفردات ص ٤٠٧، ومختار الصّحاح ص ٥٤٠-٥٤١، والمصباح المنير ص ١٩٣، والتّعريفات ص ١٧٧.

(٥) معجم لغة الفقهاء ص ٣٣٣.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٢٣٥/٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٣٣.

(٧) انظر: أحكام ابن العربي ١٩٧/١، وبدائع الصّنائع ٤٠٢/٢، ومواهب الجليل ٦٣/٨-٦٤، والفواكه الدّواني ٢٣٨/٢، ومختصر الخرقي والمغني ٤٠٨/٤، =

أو بِمعنَى الإيصال، وهو إيفاء ما استُحِقَّ من دَينٍ ونحوه، أو هو: إتيان عين الواجب في الوقت المحدَّد[١].

المعنَى الإجمالي للقاعدة:

أنّ المعتبرَ في قضاء العبادة الفعلُ وليس الظّرفَ زّمانيّاً كان أو مكانيّاً، فالأصل أنّ المكلّف إذا شرع في عبادة تلزمه ثم أفسدها؛فعليه أن يقضيها على الصّفة التي أوجبها،سواء كانت واجبةً في الأصل على هذه الصّفة أم دونها.وما كان من عبادة أُمِرَ فيها بشيءٍ لأجل فعلٍ يدور ذلك الشّيء؛ حيث دار ذلك الفعل؛ كَمَن قضى صلاةً جهريّةً خارج وقتها؛ فإنّه يصلّيها جهراً، ومَن نذر صوم ثلاثين يوماً متتابعةً، يكون التّتابع شرطاً فيه حيث دار الصّوم، وكلّ عبادةٍ أُمِرَ فيها بشيءٍ لأجل الوقت يسقط ذلك الشّيء إذا فات الوقت؛ كصيام شهر رمضان، فَفَوْتُ ذلك الوقت يُسْقِطُ التّتابع ويبقى الفعل وهو القضاء.

أمّا في المعاملات، فإنّ المعتبر فيها كون القضاء على صفة الأداء جنساً وعدداً؛ فإنّ القضاء يكون بالعدد لا غير؛ إذ القضاءُ هو تسليمُ مثل الواجب[٢].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

=

ومذكّرة أصول الفقه ص ٥٥-٥٦.

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٣٠.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٢٥٩/١، وبدائع الصّنائع ٢/٢١٠-٢١٢، و٢٣٥، وأحكام ابن العربي ١١٢/١، وبداية المجتهد ٤٣٥/١، و١٧٣/٢، ومختصر خليل ص ٨٣، ومواهب الجليل ٣٨٤/٣، و٢٤٨/٤،والمهذّب ٢٣٢/٣، والمغني٤٠٨/٤، وتقرير القواعد ص ١٤٦، وكشاف القناع ٣٦١/٢، ونيل الأرب ص ١٤٦، هامش (١)، والمحلّى ١٤٠/٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٠، و٣٣٣.

لا خلاف بين أهل العلم في مفاد هــذه القاعــدة في الجملــة،وإن اختلفوا في بعض تطبيقاها، مثل اختلافهم في قضاء مَن فاتته صلاة العيدين عن وقتها مع الإمام، وكذا كيفية قضاء المسافر والمريض ومن عليه قضاء رمضان، هل يشترط التّتابع أم لا؟(١).

وقد يُستَدلّ للقاعدة بحديث أبي هريرة ﷺ عند مسلم أنّ النّبيَّ ﷺ في بعض أسفاره نام هو وأصحابه عن صلاة الصّبح حتّى طلعت الشّمس، فلمّا استيقظ قال: «اقْتَادُوا»(٢)، ثم توَضّأ رسول الله ﷺ ، وأمر بلالاً فأقام الصَّلاةَ، فصلَّى بهمُ الصّبح... الحديث(٣)، وقد جهر بالقراءة مع أنّ وقت الجهر قد فات؛ على قاعدة القضاء.

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّ صفة قضاء الصّلاة هي صفة الأداء بعينها، سواء كانت في صفة واحدة من الفرضيّة، أم في أحوالٍ مختلفة؛ مثل أن يذكر صلاةً حضريّةً في سفرٍ فإنّه يصلّيها حضريّةً، أو صلاةً سفريّةً في حضرٍ؛ فإنّه يصلّيها سفريّةً(٤).

---

(١) وتقدّم القول عليهما عند مناسبة القاعدة.

(٢) أي: قودُوا رواحلَكم لأنفسكم آخذين بمقاودها. انظر: شرح النّووي على صحيح مسلم ١/٤٧١.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ١/٤٧١، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، باب قضاء الصّلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها، برقم: (٦٨٠).
قال العلاّمة الشّيخ محمّد بن صالح العثيمين في نيل الأرب مع تقرير القواعــد ص ١٤٦، هامش: (٣): «...والصّواب ما قال المؤلّف -أي ابن رجب- الإحرام من المكان الــذي أحرم منه، وكذلك الصّلاة؛ لأنّ عندنا قاعدةً: القضاء يقضي الأداء، والرّسول عليه الصّلاة والسّلام لَمّا صلّى الفجر لما طلعت الشّمس جهر بالقراءة مع أنّ وقت الجهر فات».

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١/٥٦٢-٥٦٣، وبداية المجتهد ١/٤٣٥.

٢-لو صلّى المسافر خلف إمامٍ مقيمٍ وفسدت صلاته؛فإنّه يجب عليه قضاؤها تامّة؛ لأنّ القضاء يجب أن يكون على صفة الأداء(١).

٣-أنّ المعتبر في قضاء العبادة الفعل وليس الظّرف زّمانيّاً كان أو مكانيّاً؛ فمَن فاته صومُ يومٍ طويلٍ، أو في مكانٍ شديد الحرارة، لم يعتبر أن يكون القضاء بقدر ساعات الأداء، ولا بشدّة حرارته(٢).

٤-أنّ المسافر والمريض يقضيان عدد الأيّام التي أفطرا فيها ولا يشترط التّتابع؛ لأنّ الشّارع إنّما قال: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾(٣)، ولم يذكر التّتابع؛ والسّكوت عن الحكم مناسب لانتفائه؛ والأصل أنّ كلّ صومٍ يؤمَر فيه بالتّتابع لأجل الفعل وهو الصّوم، يكون التّتابع شرطاً فيه حيث دار الفعل، وكلّ صومٍ يؤمَر فيه بالتّتابع لأجل الوقت، فَفَوْتُ ذلك الوقت؛كشهر رمضان يُسْقِطُ التّتابع ويبقى الفعل وهو القضاء(٤).

٥-مَن قال: لله عَلَيَّ صوم شعبان مثلاً، يلزمه أن يصوم شعبان متتابعاً، لكنه إن فات شيءٌ منه يقضي عدد ما فات منه ولا يلزمه التّتابع؛ لأنّ التّتابع لمكان الوقت فيسقط بسقوطه؛ وعليه كفّارة يمينٍ لفوات المحلّ(٥).

---

(١) انظر: قواعد ابن رجب ص ١٤٦.

(٢) انظر: المهذّب ٢٣٢/٣، والمجموع ٢٣٣/٣، و٢٤٧، والمغني ٢٨٩/١.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٨٥.

(٤) ونقل الجصاص إجماع فقهاء الأمصار على جواز قضاء رمضان متفرّقاً.
انظر: أحكام الجصاص ٢٥٩/١، وبدائع الصّنائع٢١٠/٢-٢١٢، وأحكام ابن العربي ١١٢/١، وبداية المجتهد ١٧٣/٢، ومواهب الجليل ٣٨٤/٣، وشرح منتهى الإرادات ٤٤٥/٦، وما تقدّم في توثيق القاعدة الثّانية.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٢١٢/٢، و٢٦٥، وعقد الجواهر ٣٦٤/٢، و٣٦٥، وكشاف =

٦-ولو قال: لله عَلَيَّ أن أصوم شهراً متتابعاً يلزمه صوم متتابعاً لا يخرج عن نذره إلاّ به، ولو أفطر يوماً في وسط الشّهر من غير عذرٍ شرعيٍّ يلزمه الاستقبال بالقضاء متتابعاً؛ لأنّ التّتابع ذكر لأجل الصّوم نفسه فكان الشّرطُ هو وصلَ الصّومِ بعينه فلا يسقط عنه أبداً[1].

٧-أنّ مَن أفسد حجّه يجب عليه القضاء على صفة الفاسد؛ فيستحبّ له الإحرام في القضاء من حيث أحرم في الأداء مع الإمكان؛ لأنّه تعيّن ذلك بالدّخول فيه، وجاز القضاء بالنّسك الأفضل أو الفاضل عن المفضول لا العكس؛ فمَن فاته الحجّ قارناً لزمه القضاء قارناً، وجاز متمتعاً ومفرداً، ولا يجوز المفضول عن الفاضل؛ فلا يجزئ قرانٌ عن تمتّعٍ؛ لأنّ الواجبَ كونُ القضاءِ بصفة الأداء[2].

٨-ويُستَثنَى من ذلك الطّريق الذي سلكه في الأداء، فلا يلزمه سلوكه في القضاء، ويستحبّ أن يحرم من قدر مسافة الإحرام في الأداء، وكذا لا يجب عليه أن يحرم في القضاء في الزّمن الذي أحرم منه في الأداء، وفَرْقٌ بين الميقات الزّمانِي والمكانِي أنّ اعتناء الشّارع بالمواقيت

=

القناع ٢/٣٦١، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٤٥-٤٤٦.

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٨٣، والحطاب في مواهب الجليل ٤/٢٤٨، والمهذّب ٧/٢٤٤، والمجموع ٧/٢٤٥-٢٤٦، و٢٤٨-٢٤٩، والمغني ٣/١٠١، والعدّة ١/١٥٩-١٦٠، وتقرير القواعد ص ١٤٦، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٢٦، ومطالب أولي النّهى ٢/٤٥٤.

المكانيّة أكمل من الزّمانيّة؛ لهذا يتعيّن مكان الإحرام بالنّذر ولا يتعيّن زمانه بالنّذر[١].

٩-ومَن أفسد الحجّ المنذور ماشياً وجب القضاء ماشياً؛ لأنّ القضاء يكون على صفة الأداء[٢].

١٠-لو اشترى إنسانٌ هدياً واجباً ثم تلف بتفريطه، أو ذبحها قبل يوم النّحر؛ يجب عليه ضمانها بمثلها؛ لأنّه التّفويت منه فيجب قضاؤها على صفتها[٣].

---

(١) انظر: المجموع ٢٤٧/٧.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٣٦٥/٢، والمغني ٧٧/١٠، مطالب أولي النّهى ٤٣٣/٦، وشرح منتهى الإرادات ٤٥٢/٦-٤٥٣.

(٣) انظر: تقرير القواعد ص ١٤٦، ونيل الأرب، ص ١٤٦، هامش رقم: (١، ٥).

المبحث الحادي عشر: القاعدة الحادية عشرة [١١]

[الحُكْمُ للمُعْتَادِ، والنَّادِرُ لا حُكْمَ لَهُ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائلِ باب الحجب في كتاب الفرائض، في مسألة: أطول زَمان الحمل، مُدَلِّلا ومُرَجِّحاً به؛ حيث قال: «واختلفوا في أطول زمان الحمل الذي يَلحَقُ به الوَالدَ الوَلَدُ؛ فقال مالك: خمس سنين، وقال بعض أصحابه: سبع[١]، وقال الشّافعي: أربع سنين[٢]، وقال الكوفيّون: سنتان[٣]، وقال محمّد[٤] بن الحكم: سَنَة[٥]، وقال داود:

(١) عن الإمام مالك في أكثر الحمل ثلاث روايات: إحداها: أربع سنين، وهي المشهورة، قال القاضي عبدالوهّاب إنّها الأظهر، والثّانية: خمس، والثّالثة: سبع.
وجعل القرافي هذه المسألة ضمن المسائل التي غلّب فيها الشّرعُ النّادر على الغالب لُطفاً بالعباد؛لأنّ هذا الحمل الآتي بعد خمس سنين دائرٌ بين أن يكون من الوطئ السّابق من الزّوج،وبين أن يكون من الزّنى، قال:وكونه من الزّنا أغلب من تأخّر الحمل هذه المدّة،ولكن الشّارع غلّب ههنا النّادرَ على الغالب، لطفاً بعباده،وستراً عليهم،وحفظاً للأنساب،وسدّاً لباب ثبوت الزّنا،كذا باختصار من الفروق٣/٢٠٣.
وانظر: المعونة ٢/٩٢٣-٩٢٤، والاستذكار ٦/١٧٥، وعقد الجواهر ١/١١، والفروق ٣/٢٠٣.

(٢) وبه قال الحنابلة، والمشهور عند المالكية.
انظر: المعونة ٢/٩٢٣-٩٢٤، والمهذّب ٣/١٣٨-١٤٠، و١٤٢، وروضة الطّالبين ٨/٣٥٧، و٣٧٨-٣٧٩، والمنثور ٢/٣٢٤، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٣/٤٦٥-٤٧٠، و٤٧٤-٤٧٨.

(٣) انظر: الهداية ٢/٢٥، و٣٣-٣٥، والاستذكار ٦/١٧٥.

(٤) هو: أبو عبدالله، محمّد بن عبدالله بن عبد الحكم، من أهل الفقه والعلم والنّظر، ثقة، من تآليفه: أحكام القرآن، توفيّ رحمه الله سنة: (٢٦٨هـ).
انظر: طبقات الفقهاء ص ١١١، وترتيب المدارك ٤/١٥٧-١٦٥.

(٥) انظر: الاستذكار ٦/١٧٥.

ستة[١] أشهرٍ، وهذه المسألة مرجوعٌ فيها إلى العادة والتّجربة.

وقولُ ابن عبد الحكم والظّاهرية هو أقرب إلى المعتاد[٢]، **والحكم إنّما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنّادر**»[٣].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها كثيراً في كتب أهل العلم، منها: ما جاء في بدائع الصّنائع: «لا عِبْرة بالنّادر»[٤]، و«النّادر مُلْحَقٌ بالعدم»[٥].

وفي الفروق: «الفرق الخامس والسّبعون والمائة بين: قاعدة الدّائر بين النّادر والغالب؛ يُلْحَقُ بالغالب من جِنْسه، وقاعدة إِلْحَاق الأولاد بالأزواج إلى خمس سنين»[٦].

---

(١) كذا في أغلب نُسَخِ بداية المجتهد المطبوعة الآن، كلّها أثبتت ستة (٦) أشهر، ولعلّ الصّواب: تسعة (٩) أشهر. انظر: المحلّى ١٠/١٣١، وانظر أيضاً: الاستذكار ٦/١٧٥.

(٢) ويكون الصّواب والرّاجح في المسألة؛ عدم الجزم بشيء، وإنّما المعوَّد الرّجوع إلى عوائد النِّساء وأعرافهنّ، بحسب الأماكن والبلدان والأَزمان، خصوصاً أنّه لَم يرد شيءٌ يستند إليه في تحديد المدّة، والقاعدة الفقهية المتقرّرة أنّ العرف والعادة يُرجع إليه في كلّ حكمٍ حكم به الشّارعُ، ولم يَحُدَّهُ بحدٍّ.
قال الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ٦/١٧٥: «وهذه مسألةٌ لا أصلَ لَها إلاّ الاجتهادُ، والرّدّ إلى ما عُرِفَ مِن أمر النِّساء، وبالله التّوفيق»، وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٤/٤٧٤: «الرّجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي بُنِيَ عليها الفقه، فمنها: الرّجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصّفات الإضافية؛ كصغر ضَبة الفضّة وكبرها...، وأكثر مدّة الحمل وسنّ اليأس...»، وانظر: المنتقى ٧/٣٤، وقواعد السّعديّ ص ٣٥-٣٨، ق (٩)، ونيل الأرب ص ٥٧٦.

(٣) بداية المجتهد ٤/٢١٧.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ١/٢٩٢، وانظر: ٤/٤٤٨-٤٤٩.

(٥) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٤٤٠، و٤٤٧، و٤٤٨-٤٤٩، وانظر: ١/٢٩٢.

(٦) الفروق للقرافي ٣/٢٠٣، ف (١٧٥).

وفيه أيضاً: ((النَّادرُ مُلْحَقٌ بالغَالبِ فِي الشَّرْعِ))[(١)].

ما جاء في المهذّب: ((الحكم للغالب، والنّادرُ لا حكم له))[(٢)].

ما جاء في التّمهيد: ((إطلاق الأصوليّين يقتضي أنّ الفَـرْدَ النَّـادِرَ يدخل في العموم))[(٣)].

ما جاء في المنثور: ((النّادر إذا لم يَدُمْ يقتضي القضاء، وإذا دام يُعْطَى حكم الغالب))[(٤)]، وفيه أيضاً: ((النَّادِرُ لا حُكْمَ له))[(٥)].

ما جاء في إعلام الموقّعين: ((فصل: لا عبرة بالصُّـوَرِ النّـادرة ...، الشّرائع العامة لَم تُبْنَ على الصّور النّادرة))[(٦)]، يعنِي: أنّ النَّادِرَ لا حكم له.

شرح مفردات القاعدة:

الحكم: لغةً: المَنْعُ، من: حَكَم يَحْكُمُ حُكْماً، أصله مَنَـعَ يَمْنَـعُ مَنْعـاً لإصلاحٍ، ومنه سُمِّيت اللِّجَامُ حَكَمَةَ الدّابّـة؛ فقيـل: حَكَمْتُـهُ وَحَكَمْتُ الدَّابَّةَ، مَنَعْتُهَا بالْحكمة، وأَحْكَمْتُها: جعلْتُ لها حَكَمَةً.

والحكم بالشّيء أن تقضي بأنّه كذا، أو ليس بكذا، سواءٌ ألزمتَ ذلك غيرك أم لم تُلْزِمْهُ[(٧)]، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن

---

(١) الفروق للقرافي ٢٥٦/٣، ونصّه في الذّخيرة له أيضاً ١٢٦/٤.

(٢) المهذّب للشّيرازي ٦٨٥/٣، وانظر: ٧٩/١، و٨٤، و١٣٠، و٤٩٩/٢، والمجموع ٢٥٩/٢، وروضة الطّالبين ٣٥٧/١٠، و٢١٢/١٢.

(٣) التّمهيد لجمال الدّين الإسنوي ص ٣٤٤.

(٤) المنثور للزّركشي ٣٢٥/٢.

(٥) المنثور للزّركشي ٣٢٦/٢.

(٦) إعلام الموقّعين لابن القيّم ص ٧٩٢.

(٧) انظر: المفردات ص١٣٣-١٣٤، ومختار الصّحاح ص ١٤٨، والمصباح المنير ص٥٦.

﴿تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾[(١)]، وقوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[(٢)].

وفي اصطلاح الأصوليّين، هو: مقتضى خطاب الله المتعلّق بأفعال المكلّفين[(٣)].

وفي اصطلاح الفقهاء، هو: القرار الذي يصدره القاضي لينهي به المخاصمة بين المتخاصمين[(٤)].

وعَرَّفَه في شرح منتهى الإرادات بقوله: «تَبْيينُ الحكم الشّرعِيّ، والإلزام به، وفصل الخصومات»[(٥)]، ولعلّ هذا التّعريف أجود، لإمكان دخول الحكم في القاعدة تحته.

للمعتاد، أي: ما يفعله النّاس أو الشّخص على حكم العقل مرّةً بعد مرّةٍ من غير تَكلّفٍ، وإذا عمّت صارت عرفاً؛ فيطلق المعتاد على المعروف المتعارف عليه بين النّاس[(٦)].

النّادر، اسم فاعلٍ من نَدَرَ الشّيءُ، وهو السّاقط أو الخارج من غيره، ومنه: نادر الجَبَل، وهو ما يخرج منه ويبرز، وندر فلانٌ من قومه، أي: خرج، والاسم منه: النُّدْرة[(٧)].

---

(١) سورة النِّساء، الآية: ٥٨.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٣) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ٥٩، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٥٦٧-٥٦٨، ومذكّرة أصول الفقه ص ١٠، ونثر الورود ص ٣٨، وتسهيل الوصول ص ٨.

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٦٢.

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦/٤٦٢.

(٦) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢٦٩.

(٧) انظر: المصباح المنير ص ٢٢٨.

وفي اصطلاح الفقهاء، هو: ما قلّ وجوده مع أنّه لا يُخالف القياس[(١)].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من قواعد إعمال العوائد والأعراف في الشّريعة، سواء في ذلك الأعراف القوليّة أو الفعليّة، العامّة أو الخاصّة[(٢)]، ويَحصل بها الترجيح عندما يتعارض المعتاد الغالب مع النّادر الغريب؛ حيث تُقَرِّرُ أنّ المعتاد الغالب مُقَدَّمٌ على النّادر الغريب، والعمل على مقتضى المعتاد، وعليه مدار الحكم دون النّظر إلى النَّادر، ولا الالتفات إليه؛ لأنّه مُلْحَقٌ بالعدم، والأصل في أحكام الشّرع أنّ الغالبَ مُلْحَقٌ بالْمُتَيَقَّن المعتاد، وأنّ النَّادرَ مُلْحَقٌ بالعدم؛ ذلك أنّ الأحكام الشّرعية تُنَاطُ بأسبابها في كلّ فردٍ، ولكن لَمّا كان استقراء الآحاد يتعسّر فيه اعْتُبِرَ المعتادُ الغالبُ، ويَجري حكمه على ما شذّ وخرج، وهو معنَى قولهم: النّادر لا حكم له[(٣)]؛ فكلّ عادةٍ معروفة مألوفة في المجتمع إذا خَالَفَتها عادةٌ أخرى نادرةٌ غير مألوفة في جنس الحكم؛ فإنّ المعوَّل عليه هي الأولى، مثلاً؛ لو أنّ المعتاد؛ أنّ أصحاب صالون الحلاّق يتقاضون على كلّ رأسٍ خمسة ريالات، وعليه جرى العمل والعرف السّائد في بلدٍ ما، ثم وُجِدَ صالونٌ أراد عشر ريالات؛ فإنّ الواجب هنا خمسة ريالات؛ لأنّ الحكم للمعتاد، والنّادر لا حكم له؛ لأنّه مُلْحقٌ بالعدم[(٤)]، وليس المراد إلغاء النّادر مطلقاً، وإنّما

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٤٤١.

(٢) انظر: الفروق ٣/٢٨٣، ف (١٩٩).

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٤٧، و٤٤٨-٤٤٩، والفروق ٣/٢٠٣، والمنثور ٢/٣٢٦.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٧٤.

المراد: عدم إفراده بالحكم حيث لم يذكر، ويلحق حينئذٍ بحكم أقرب الغالب المعتاد، وليس المراد إلغاء النّادر مطلقاً، وإنّما المراد عدم إفراده بالحكم؛ حيث لم يذكر، ويلحق حينئذٍ بحكم أقرب الغالب المعتاد(١).

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المتفّق عليها لدى فقهاء الأمصار، ولا خلاف بينهم في اعتبار المعتاد على حساب النّادر عند تعارضهما في جنس الحكم، وأنّ الحكم للمعتاد، والنّادر ساقطٌ وخارجٌ لا حكم له؛ لأنّه مُلْحَقٌ بالعدم، وقد أعمل المالكية قاعدة المعتاد كثيراً، واعتبروها؛ حتّى صارت تذكر قيداً في عدّةٍ من المصطلحات الشّرعية، كناقض الوضوء مثلاً، قال في شرح الرّسالة: «الذي يَجب منه الوضوء؛ أحداثٌ، وأسباب أحداث؛ فالحدث: النّاقض بنفسه، والسّبب ما نقض بِما يؤدّي إليه، والأوّل -الحدث- هو: الخارج المعتاد، من المخرج المعتاد، على سبيل الصّحّة والاعتياد»(٢)، كما بنَوا عليه أحكاماً كثيرةً تَخريجاً واستنباطاً(٣).

---

(١) انظر: شرح القلشاني ص ٥٦٩، وشرح القلشاني ص ٥٦٩.

(٢) شرح الرّسالة للقلشاني ص ٣٥٩، وانظر: التّلقين ص ٤٧، والمقدّمات ٦٨/١، وعقد الجواهر ٤٢/١، وجامع الأمّهات ص ٥٥، والقوانين الفقهية ص ٢١.

(٣) انظر: الذّخيرة ٢٠٧/١، و٢٩٦، و٧٤/٦، و٢٣٢/٨، و٧٣/١٠، وانظر: المهذّب ٢٨/١، و٧٩، و٨٤، و١٠٥-١٠٦، و١٣٠، و٤٩٩/٢، والمجموع ١٠٠/٢-١٠٣، و٢٥٩، وروضة الطّالبين ٥١/١، و٦٧، و١٢١، و٢٩٦/٢، و٣٩٩/٥، و١٠٢/٦، وتمهيد الإسنوي ص ٣٤٥، والمنثور ٣٢٤/٢، و٣٢٦، والمغني ٢١٠/١، و١٧٧/٩، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٣١/١، و٥/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٣٥/١، و١٥٥، والمحلّى ١١٣/٨، وفتح الباري ٣٣٤/٥.

وقاعدة: الحكم للمعتاد، والنّادر لا حكم له؛ داخلةٌ في خطاب الوضع الذي هو: وضع الأسباب والشّروط والموانع والتّقادير الشّرعية(١)، وترجع إلى التّقادير الشّرعية، والتي هي: إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود(٢)، ويُعَدُّ النّادر في عداد حكم المعدوم من القسم الأوّل، وهو إعطاء الموجود حكم المعدوم، كَمُسَافرٍ معه قدرٌ قليلٌ من الماء لا يكفيه إلاّ للشّرب أو الطّهارة؛ فإنّه يشربه ويتيمّم، فأُعطِيَ الماءُ الموجودُ حكمَ المعدوم؛ فأبيح له التّيمّم.

وفي الجملة؛ فإنّ القاعدة لا خلاف فيها بين الفقهاء، ولا في إعمالها؛ إذ متعلّقها العوائد والأعراف(٣)، وهي مبحثٌ عظيمٌ في الفقه اعتبره الشّرع(٤)، وللفقهاء تفاصيلُ في إعمال هذه القاعدة؛ نظراً لِما لوحظ أنّ الشّرع في بعض أحكامها غلّب جانب النّادر على المعتاد على خلاف القاعدة، مِمّا يعني أنّ تطبيق القاعدة ليس في جميع الأحوال، إنّما في أغلبها، وعلى هذا تكون القاعدة أغلبيّةً، فما هو ضابطٌ لِخروج النّادر عن مفاد القاعدة؟

أحوال المعتاد:

الأصل أنّ المعتاد مُقَدَّمٌ على النّادر، إلاّ أنّه قد يُلْغَى هذا الأصل، وعند إلغائه لا يخلو إمّا أن يُلْغَى وحده ويُقَدَّمُ النّادر عليه، أو أن يُلغيا معاً.

---

(١) انظر: الفروق ٣/٢٣٤.
(٢) انظر:الفروق١/٧١، و٢/٢٠١-٢٠٢،و٣/٢٣٥،والأمنية في أحكام النّيّة ص٥٥.
(٣) انظر: فتح الباري ٤/٤٧٤.
(٤) كما سيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى في القاعدة الخاصّة بالعرف [٣٧].

قال في الفروق: «الفرق التّاسع والثّلاثون والمائتان بين قاعدة: ما اعتبر من الغالب ومالُغيَ من الغالب، وقد يُعتبَرُ النّادرُ معه،وقد يُلغيَان معاً، اعلم أنّ الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النّادر،وهو شأن الشّريعة، كما يقدَّم الغالب في طهارة المياه، وعقود المسلمين، ويقصر في السّفر ويفطر،بناء على غالب الحال، وهو المشقّة ويمنع شهادة الأعداء والخصوم؛ لأنّ الغالب منهم الحيفُ، وهو كثيرٌ في الشّريعة لا يُحصَى كثرةً.

وقد يُلغِي الشّرعُ الغالبَ رحمةً بالعباد، وتقديمه قسمان: قسمٌ يعتبر في النّادر، وقسمٌ يلغيان فيه معاً، وأنا أذكر من كلّ قسمٍ مثلاً ليتهذّب بها الفقيه، ويتنبّه إلى وقوعها في الشّريعة؛ فإنّه لا يكاد يَخطر ذلك بالبال، ولاسيما تقديم النّادر على الغالب»[1]؛ فأفاد أنّ أحوال المعتاد ثلاث:

الأولَى: بقاؤه على الأصل، وهو اعتباره وتقديمه على النّادر، كَمَن خُلقَت بلا بكارة، فإنّها داخلةٌ في حكم الأبكار قطعاً في الاستئذان[2]، وله أمثلةٌ كثيرةٌ،يأتي ذكر بعضها في فقرةتطبيق القاعدة إن شاء الله تعالى.

الحالة الثّانية: إلغاؤه وإقامة النّادر مقامه، وتَقْديمُه عليه، وإثبات حُكمِه دون المعتاد الغالب رحمةً بالعباد، من أمثلته[3]:

---

(١) الفروق للقرافي ٤/١٠٤، وانظر: المنثور ٢/٣٢٤.

(٢) انظر: المنثور ٢/٣٢٤.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٤/٦٦، وعقد الجواهر ٢/٥٦٩، والفروق ٣/٢٠٣، ف (١٧٥)، و٤/١٠٤-١٠٨، ف (٢٣٩)، وتهذيب الفروق ٣/٢٢٩، وروضة الطّالبين ١/٢٨٠، والمنثور ٢/٣٢٤، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١/١٥٥-١٦١، و٢٣/٤٦٥، والمحلّى ١٠/١٢٣، و١٣١، ومعالم السّنن ١/٤٢٧.

١-المعتاد أنّ الولد يولَد لتسعة أشهرٍ، فإذا تأخّر وجاء بعد خمس سنين من امرأة طلّقها زوجها،دار بين أن يكون زِنًى وهو الغالب،وبين أن يكون تأخّرًا في بطن أمّه،وهو نادرٌ بالنِّسبة لوقوع الزّنا في الوجود؛فألغَى الشّارعُ المعتادَالغالبَ،وأثبت حكمَ النّادرِ،وهو تأخّر الحمل رحمةً بالعباد؛ لِحصول السّتر عليهم، وصون أعراضهم عن الهتك.

٢-إذا تزوّجت امرأةٌ؛ فجاءت لستة أشهرٍ جاز أن يكون من وطء قَبْلَ العقد، وهو الغالبُ، أو من وطءٍ بعده، وهو النّادر؛ فإنّ غالب الأجنّة لا توضع إلاّ لتسعة أشهرٍ، وإنّما يوضع في السّتة سقطاً في الغالب، ومع ذلك ألغى الشّرعُ حكمَ المعتاد الغالب، وأثبت حكم النّادر، وجعله من الوطء بعد العقد؛ لطفاً بالعباد؛ لِحصول السّتر عليهم، وصون أعراضهم.

٣-طين المطر الواقع في الطّرقات، ومَمَرّ الدّواب ونحوه، إنّ الغالب عليها وجود النّجاسة من حيث الجملة، وإن كانت عَينُها قد لا تُشَاهَدُ، والنّادر سلامتها منها، ومع ذلك ألغى الشّارعُ حكمَ الغالب، وأثبت حكمَ النّادر، توسعةً ورحمةً بالعباد؛ فيصلّى به من غير غسلٍ، وتصلّي المرأةُ المسلمةُ بذيلها مع جرارها على الأرض.

٤-النّعال، الغالب عليها مصادفةُ النّجاسات، ولاسيما نعلاً مشى بها سنَةً، وجلس بها في مواضع قضاء الحاجة سَنَةً ونحوها؛ فالغالبُ النّجاسةُ، والنّادرُ سلامتها من النّجاسة، ومع ذلك؛ فإنّ الشّارع ألغى حكمَ الغالب، وأثبت حكمَ النّادر؛ فجاءت السّنة بالصّلاة في

النّعال[١]؛ حتّى قال بعض أهل العلم: إنّ قلع النّعال في الصّلاة بدعةٌ[٢]، كلّ ذلك رحمةً وتوسعةً على العباد.

٥-الحصر والبسط التي قد اسودّت من طول ما قد فُرِشَتْ، يَمشي عليها الحفاةُ والصّبيانُ، ومَن يصلّي، ومَن لا يصلّي؛ فالغالب مصادفتها للنّجاسة والنّادر سلامتها، ومع ذلك قد جاءت السُّنَّةُ بأنّ رسول الله ﷺ صلّى على حصيرٍ قد اسودّ مِن طول ما لبس بعد أن نُضِحَ بماءٍ[٣]، والنّضح لا يزيل النّجاسة، بل ينشرها؛ فقدّم الشّرعُ حكمَ النّادر على الغالب، عملاً بأصل الطّهارة، وأنّ حكمها مستمرٌّ حتّى تَتَحقّق نجاسته[٤].

٦-الحفاةُ؛ الغالبُ عليهم مصادفتهم النّجاسة، ولو في الطّرقات، ومواضع قضاء الحاجات، والنّادرُ سلامتهم، ومع ذلك جوّز الشّرع صلاةَ

---

(١) كما في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أخرجه أبو داود في سننه ١/٤٢٦-٤٢٧، كتاب الصّلاة، باب الصّلاة في النّعل، برقم: (٦٥٠)، وابن خزيمة في صحيحه ١/٣٨٤، برقم: (٧٨٦)، وعبد الرّزّاق في مصنّفه ١/٣٨٨، برقم: (١٥١٤).
والحديث صحّحه الألباني في:صحيح سنن أبي داود١/١٢٨، برقم:(٦٠٥)،وإرواء الغليل ١/٣١٤، برقم: (٢٨٤)، وفي مشكاة المصابيح ١/١٦٨، برقم: (٧٦٦).
وانظر: معالم السّنن ١/٦٥١، ومجمع الزّوائد ٢/٥٥-٥٦.

(٢) انظر: الفروق ٤/١٠٥.

(٣) من حديث أنس رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ١/٥٨٣، كتاب الصّلاة، باب الصّلاة على الحصير، برقم: (٣٧٦)، ومسلم في صحيحه ١/٤٥٧، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، باب جواز الجماعة في النّافلة، والصّلاة على حصير وخمرة...، برقم: (٦٥٨).

(٤) انظر: شرح مسلم ٥/١٦٥-١٦٦، وفتح الباري ١/٥٨٤-٥٨٥.

الحافي، كما جوّز الصّلاةَ بنعله من غير غَسْلِ رجليه، وقد كان رسول الله ﷺ يصلّي بنعله، ومعلومٌ أنّ الحفاة أخفّ من تَحمّل النّجاسة من النّعال؛ فقدّم الشّارعُ حكمَ النّادر على الغالب توسعةً على العباد.

٧-دعوى الصّالحِ الولِيّ التّقِيّ على الفاجر الشّقيّ الغاصب الظّالم درهماً، الغالبُ صدقه، والنّادر كذبه؛ لِصلاح حاله، ومع ذلك قدّم الشّرعُ حكمَ النّادر على الغالب، وجعل الشّرعُ القولَ قولَ الفاجر لطفاً بالعباد بإسقاط الدّعاوى عنهم، واندراج الصّالح مع غيره سدّاً لباب الفساد والظّلم بالدّعاوى الكاذبة.

٨-الإصبع الزّائدة نادرةٌ؛ فلا تُلحَق بالأصليّة المعتادة في حكم الدِّية.

٩-الغالب على ثياب الصّبيان النّجاسة ولاسيما مع طول لبسهم لها، والنّادر سلامتها، وقد جاءت السّنة بصلاته ﷺ إماماً بالنّاس وأمامة على عاتقه، يَحملها في الصّلاة[1]؛ فدلّ على إباحة الصّلاة في ثياب الصِّبيان والمربِّيات، ومثله ثوب المرأة التي تَحيض فيه إذا لم تَتحَقّق نَجاسته[2]، إلغاءً لِحكم الغالب، وإثباتاً لِحكم النّادر لطفاً بالعباد.

١٠-وكذلك منتجات الكفّار؛ كالثّياب التي ينسجونها بأيديهم[3]، مع عدم تَحرّزهم من النّجاسات؛ فالغالبُ نَجاسةُ أيديهم لِما يباشرونه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٧٠٣/١، كتاب الصّلاة، باب إذا حمل جاريةً صغيرةً على عُنقه، برقم: (٥٠٦)، ومسلم في صحيحه ٣٨٦/١، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، باب جواز حمل الصِّفيان في الصّلاة، برقم: (٤٢/٥٤٣).

(٢) انظر: المنتقى ٢٨٦/٢، وشرح مسلم ٣٥/٥، وفتح الباري ٧٠٤/١-٧٠٥.

(٣) قال شمس الدِّين ابن قدامة في الشّرح الكبير ١٥٩/١: «ولا نعلم خلافاً بين أهل =

عند قضاء حاجة الإنسان، ومباشرهم الخمور والخنازير ولُحوم الميتات، وجميع أوانيهم نَجِسَةٌ بملابسة ذلك، ويباشرون النّسج والعمل مع بلّة أيديهم، وعرقهم حالة العمل، ويبلّون تلك الأمتعة بالنَّشَا[1] وغيره ممّا يقوّي لهم الخيوط، ويعينهم على النّسج؛ فالغالبُ نَجاسةُ هذا القماش، والنّادرُ سلامتُهُ عن النّجاسة، فقد سُئِلَ مالكٍ عن ذلك[2]؛ فقال: ما أدركتُ أحداً يَتحرّز من الصّلاة في مثل هذا؛ فأثبت الشّارعُ حكمَ النّادر، وألغى حكم الغالب، وجوّز لبسه توسعةً على العباد.

١١- بل ما يصنعه أهل الكتاب من الأطعمة في أوانيهم، وبأيديهم الغالبُ نَجاستُهُ؛ لِما تقدّم، والنّادرُ طهارَتُهُ، ومع ذلك أثبت الشّرعُ حكمَ النّادر، وألغى حكمَ الغالب، وجوّز أكلهم[3] توسعةً على العباد، وجوّز استعمال أوانيهم[4] مع أنّ الصّحابة

=

العلم في إباحة لِبْسِ الثّوب الذي نَسجه الكُفَّارُ؛ فإنّ النَّبي ﷺ وأصحابه إنّما كان لِبَاسُهُم من نسجِ الكُفَّار»، وانظر: المنتقى ٢/٢٨٦، وفتح الباري ١/٤٦٥.

(١) النَّشَا، ما يُعْمَلُ من الحنطة والذّرة. انظر: المصباح المنير ص ٢٣١.

(٢) انظر: الفروق ٤/١٠٥.

(٣) قال الله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾، [سورة المائدة، الآية: ٥].

(٤) كما في حديث عبد الله بن مُغَفَّل رضي الله عنه، قال: أَصَبْتُ جِرَاباً مِنْ شَحْمٍ يوم خَيبَرَ،قال: فالْتَزَمْتُه،فَقُلْتُ:لا أُعْطِيَ اليوم أحداً من هذا شيئاً،قال:فالْتَفَتَ رسولُ الله ﷺ مُبْتَسِماً. أخرجه البخاري في صحيحه ٩/٥٥٢، كتاب الذّبائح والصّيد، باب ذبائح أهل الكتاب وشُحومها من أهل الحرب وغيرهم، برقم: (٥٣٠٩)، ومسلم في صحيحه ٣/١٣٩٣، كتاب الجهاد والسّير، باب جواز الأكل من طعام الغنيمة

=

فهموا أنّ المعتاد الغالب منها النّجاسة(١)، كلّ ذلك توسعةً على العباد، ورفعاً للحرج عن الأمّة، وحكم أواني المجوس وعبدة الأوثان ونحوهم، ومَن يأكل الخنْزير، أو يأكل الميتة، أو يذبح بالسِّنِّ والظُّفْر؛ فحُكمهم وحكم ثيابهم؛ حكم ثياب أهل الذّمّة عملاً بالأصل، وأمّا أوانيهم؛ فحكمها حكم أوانِي أهل الكتاب، يباح استعمالها ما لَم تَتحقّق نَجاستُها؛ لأنّ الأصل الطّهارة، فلا تزول بالشّكّ؛ فأعطِي النّادرحكم المعتاد الغالب(٢).

ونظائر هذا الباب كثيرةٌ في الشّريعة، فينبغِي أن يُتَأمَّل ويُعْلَم، وقد دخل على قومٍ الوسواس في باب الطّهارات، وهم يعتقدون أنّهم على قاعدةٍ شرعية، وهي الحكم بالغالب؛ فإذا اشترى شيئاً صنعه أهل الكتاب غسلوه، وغسلوا أنفسهم من جميع ذلك، بناء على الغالب، وهو غالبٌ كما قالوا، ولكنّ الشّرعَ قَدَّمَ النّادرَ، ولصاحب الشّرع أن يضع في شرعه ما شاء، ويستثنِي من قواعده ما شاء، هو أعلم بِمصالح عباد، ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ

=

في دار الحرب، برقم: (١٧٧٢).

(١) كما في حديث أبي ثعلبة الخُشَني رضي الله عنه قال: أتيتُ رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله! إنّا بأرض قوم من أهل الكتاب، نأكلُ في آنيَتهم؟ فقال ﷺ: «تأكلون في آنيَتهم، فإن وجدتم غير آنيَتهم فلا تأكلوا فيها، وإن لم تَجدوا فاغسلوها ثم كُلُوا فيها».
أخرجه البخاري في صحيحه ٥٣٧/٩، كتاب الذّبائح والصّيد، باب آنية المجوس، والميتة، برقم: (٥٢٩٧)، ومسلم في صحيحه ١٥٣٢/٣، كتاب الصّيد والذّبائح، باب الصّيد بالكلاب المعلّمة، برقم: (١٩٣٠)، واللّفظ له.

(٢) وقيل: هي نَجسَةٌ، لا يُستعمل ما استعملوه منها إلاّ بعد غسلها؛ لحديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه المخرَّج قبل هذا، انظر: الشّرح الكبير ١٥٨/١-١٥٩، وشرح مسلم ٣٢١/١٢، و٨١/١٣، وفتح الباري ٥٥٢/٩-٥٥٣.

﴿ٱللَّطِيفُ ٱلْخَبِيرُ﴾[١]، فينبغي لِمَن قصد إثبات حكم الغالب دون النّادر أن ينظر؛ هل ذلك الغالبُ ممّا ألغاه الشّرعُ أم لا؟ فحينئذ يعتمد عليه، وأمّا تقديم مطلق المعتاد الغالب كيف كان في جميع صوره؛ فَخلاف الإجماع[٢].

الحالة الثّالثة إلغاء المعتادة وإلغاء النّادر معه جميعاً، من أمثلته[٣]:

١- شهادةُ الصّبيان في الأموال[٤]، إذا كثر عددهم جدّا؛ الغالب صدقهم، والنّادر كذبهم، ولم يعتبر الشّرعُ صدقهم، ولا قضى بكذبهم، بل أَهْمَلهم، رحمةً بالعباد.

٢- شهادةُ الجمعِ الكثيرِ من جماعة النّسوان في أحكام الأبدان، الغالب صدقهنّ، والنّادر كذبهم، لاسيما مع العدالة، وقد ألغى صاحب الشّرع صدقهنّ، ولم يحكم به، ولا حكم بكذبهنّ لطفاً بالمدَّعى عليه.

٣- الجمع الكثير من الكفّار والرّهبان والأحبار، ومثلهم الفسقة، إذا شهدوا، الغالبُ صدقهم، والنّادرُ كذبهم؛ فألغى صاحب الشّرع صدقهم لطفاً بالمدَّعى عليه، ولم يحكم بكذبهم.

٤- شهادة ثلاثة عدولٍ في الزّنا، الغالبُ صدقُهُم، والنّادرُ كذبُهُم، ولم يَحكم الشّرعُ بصدقهم الغالب، ولا بكذبهم النّادر، بل أقام الحدّ عليهم مِن حيث إنّهم قذفوه؛ لا من حيث إنّهم شهود زورٍ.

---

(١) سورة الملك، الآية: ١٤.

(٢) انظر: الفروق ١٠٧/٤، والمنثور ٣٢٤/٢-٣٢٧.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٦٦/٤، والفروق ١٠٩/٤-١١١، ومختصر المزني ص ٤١٦، والمهذّب ٦٨٣/٣-٦٨٥، والمجموع ٢٠/٢٣-٢٤،والمنثور ٣٢٤/٢-٣٢٧، والشّرح الكبير ٤٧٥/٢٣، والمحلّى ١٢٣/١٠، و١٣١.

(٤) أمّا في الجراح والقتل؛ فقبلهم مالك وجماعةٌ. انظر: الفروق ١٠٩/٤.

٥-شهادةُ العدلِ الواحدِ في أحكام الأبدان، الغالبُ صدقُهُ، والنّادرُ كذبُهُ، ولم يحكم الشّرعُ بصدقه ولا بكذبه لطفاً بالعباد، ولطفاً بالمدّعَى عليه.

٦-أخذُ السُّرّاقِ المتّهَمين بالتُّهَم، وقرائن أحوالهم دون الإقرار الصّحيح، والبيّنات المعتبرة، الغالبُ مصادفَتُهُ للصّواب، والنّادرُ خطؤه، ومع ذلك ألغاه الشّرع صوناً للأعراض والأطراف عن القطع.

٧-الغالبُ على مَنْ وُجِدَ بين فخذي امرأة وهو يَتحرّك حركة الواطئ، وطوال الزّمان في ذلك أنّه قد أولَج، والنّادرُ عدم ذلك؛ فإذا لم يشهد عليه بذلك شهادةً تبلغ النِّصاب؛ ألغَى الشّرعُ هذا الغالب ستراً على عباده، ولم يحكم بوطئه ولا بعدمه.

٨-الشّهاداتُ التي ألغاها الشّرعُ، مثل: شهادة العدل المبرز لولده، أو لوالده، وشهادة العدل المبرز على خصمه، وشهادة الحاكم لنفسه، وشهادة الإنسان لنفسه، وشهادة البدوي على الحضري ونحوها، كلّ واحدٍ من هؤلاء الغالبُ صدقُهُ، والنّادرُ كذبُهُ، وقد ألغاه الشّرعُ، وألغَى كذبه، ولم يَحكم بواحد منهما.

٩-القرءُ الواحدُ، الغالبُ معه براءةُ الرّحم، والنّادرُ شُغله، ولم يحكم الشّرع بواحدٍ منهما حتّى ينضاف إليه قُرْءان آخران.

١٠-مَن غاب عن امرأته سنينَ ثم طلّقها، أو مات عنها، الغالبُ براءة رَحمها، والنّادر شغله بالولد، وقد ألغاهما صاحبُ الشّرعِ معاً، وأوجب عليها استئناف العدّة بعد الوفاة أو الطّلاق؛ لأنّ وقوع الحكم قبل سببه غيرُ مُعتدٍّ به.

ونظائر هذا الباب أيضاً كثيرةٌ في الشّرع؛ حيث ألغَى الغالبَ ولم يعتبره، وتارةً بالغ في إلغائه فاعتبر نادرَهُ دونه، كما تقدّم، مع أنّه ينبغي أن يُوضَعَ في الحسبان أمران:

أحدهما: أنّ الأصل اعتبار الغالب.

والأمر الثّاني: أنّ الأجناس المذكورة استثناؤها على خلاف الأصل، وطريق معرفة ما أُلغي مِمّا لم يُلْغَ، استقراء النّصوص الشّرعية والفتاوى استقراءً حسناً، بالحفظ الواسع، والفهم الجيّد، فإذا لم يتحقّق للمستقرئ إلغاؤه؛ فحينئذ اعتقد أنّه مُعْتَبَرٌ، واعتقد أيضاً أنّ الغالب وقع مُعْتَبَراً شرعاً، ويَجزم بأنّ قول القائل: إذا دار الشّيءُ بين النّادر والغالب؛ فإنّه يُلْحَقُ بالغالب، أنّه دعوى ليست على عمومها، لِلبيان السّابق، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

أثر الدّوام وعدمه في إعمال النّدرة: ذكر في المنثور قاعدتين:

الأولى: النّادِرُ إذا لم يَدُمْ يقتضي القضاء، مثالها: المشتبه عليه القبلة في سفره يصلّي ويعيد إلاّ في صورة الصّلاة في حالة المسايفة؛ فإنّ أركانها مختلفةٌ ولا قضاء، وهي على خلاف القاعدة؛ إذ هو نَادِرٌ لا يدوم، ولا بدل فيه، ولكنه رُخصَةٌ.

والقاعدة الثّانية: وإذا دام يُعْطَى حكمُ الغالب، مثالها: المستحاضة غير المتحيّرة، لا تقضي الصّلاة مع الحدث؛ لأنّه وإن كان نادراً إلاّ أنّه يدوم، فأُعْطِيَ حكم الغالب المعتاد.

وكذلك المسافر، يجوز له القصر في سفره، وإن لَم تَلحقه مشقّةٌ، إلاّ

أنّه يدوم فأُعْطِي حكم المعتاد(١).

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بأدلّة منها:

١-قوله الله تعالى: ﴿فَمَن ثَقُلَتْ مَوَٰزِينُهُۥ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ۝١٠٢ وَمَنْ خَفَّتْ مَوَٰزِينُهُۥ فَأُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ خَسِرُوٓا۟ أَنفُسَهُمْ فِى جَهَنَّمَ خَٰلِدُونَ﴾(٢)، قد نصّ على الاستدلال بالآية للقاعدة في المهذّب؛ حيث قال: «لأنّ الحكم للغالب،والنّادر لا حكم له، ولهذا قال الله تعالى:...»(٣)، ثم ذكر الآية.

وجه الاستدلال بالآية الكريمة على القاعدة؛ حيث إنّ الميزان الذي يميّز به أعمال العبد، وينظر فيه بالعدل ما له وما عليه، وتُبيَّنُ فيه مثاقيل الذّرّ من الخير والشّرّ؛ فَمَن رَجحت كِفَّةُ حسناته على سَيِّئاته، فهو المُفْلِحُ؛ لنجاته من النّار، واستحقاقه الجنّة، ومَن رَجحت سَيِّئَاتُهُ على حسناته؛ فهو الخاسر كلّ خسارة؛ دلّ على أنّ العبرة بالرّاجح دون المرجوح، وعليهما مدار الحكم، فالرّاجح ميزانه بعمله الصالح مُفْلِحٌ، ولا عبرة بميزانه المرجوح، والعكس كذلك(٤)؛ فدلّ على أنّ الحكم للرّاجح، وهو بِمَنْزلة المعتاد، وأنّ المرجوح مُلغًى لا يُلتَفت إليه، وهو بمَنْزلة النّادر في القاعدة.

٢-وقد يستدلّ للقاعدة بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾(٥)؛ بِأَنْ كُنَّ يَحِضْنَ ثم ارتفع حيضُهُنَّ

---

(١) انظر: المنثور للزّركشي ٢/٣٢٥.

(٢) سورة المؤمنون، الآيتان: ١٠٢-١٠٣.

(٣) المهذّب للشّيرازي ٣/٦٨٥.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ٧/١٤٩، وتفسير السّعدي ص ٢٨٤، و٥٥٩، و٩٣٣.

(٥) سورة الطّلاق، آية: ٤.

لكبرٍ أو غيره، ولم يُرْجَ رجوعُهُ؛ فإنّ عدَّتَهُنَّ ثلاثة أشهر، جعل كلّ شهرٍ مقابلة حيضة[1].

وجه الاستدلال من الآية الكريمة: حيث رتّب الشّارعُ الحكمَ -العدّةَ- على الغالب، وهو أنّ الآيسة لا تحيض عادةً حتّى لو حاضت؛ فإنّ عدّها بالأشهر لا بالحيض لنصّ الآية الكريمة[2].

٣-ويُستدلّ للقاعدة أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾[3]؛ حيث خَصَّ الله المسافرَ والمريضَ؛ لأنّهما اللّذان يغلب في حقّهما عدم الماء، ولا يَنْزل بغيرهما إلاّ نادراً، فخصّصا بالذّكر عملاً بقاعدة الغالب وترجيحاً للعادة الغالبة على النّادر[4].

---

(١) انظر: تفسير السّعدي ص: ٨٧١.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ١٤٩/٧، وتفسير السّعدي ص ٢٨٤، و٥٥٩، و٩٣٣.
أمّا في الأحكام التّكليفية؛ فإنّ حيض آيسة مؤثّرٌ، تترتّب عليها الأحكام التّكليفية؛ فتضع الصّلاة والصّوم وتقضيه، وتضع الطّواف، ويجب الغسل لانقطاعه، ومنع الوطء؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾، [البقرة، آية: ٢٢٢]، ولعموم قوله ﷺ: «دم الحيض أسود يُعْرَفُ؛ فإذا كان كذلك فَأَمْسِكِي عن الصّلاة».
من حديث فاطمة بنت أبي حبيش رضي الله عنها أخرجه أبو داود في سننه١/٢١٣، كتاب الطهارة باب من قال: توضأ لكلّ صلاةٍ برقم: ٣٠٤، والنسائي في سننه١/١٨٥، كتاب الحيض والاستحاضة، باب الفرق بين دم الحيض والاستحاضة. وقال القلشاني في ص: ٤٠٧: «وهو حديث صحيح؛ لأنّ رجاله رجال مسلم»، وصحّحه الألباني في صحيح سنن أبي دواد١/٨٤ و٩١، وصحيح سنن النّسائي ١/٧٦-٧٧، وإرواء الغليل١/٢٢٣ برقم: ٢٠٤.
وانظر: شرح القلشانِي ص ٣٩١، ومواهب الجليل ١/٥٤٠.

(٣) سورة النّساء، آية: ٤٣.

(٤) انظر: شرح القلشانِي ص ٥٦٩، وتفسير السّعدِي ص ١٨٠.

من تطبيقات القاعدة:

١- يُخرَّج عليها أنّ الحكم للمعتاد في نواقض الوضوء، وأنّ النّادر لا حكم له؛ فالخارج المعتاد؛ كالبول، والمذي، والودي، والغائط، والرّيح ناقضٌ اتّفاقاً، والنّادر على سبيل المرض كالسّلس غير ناقضٍ، والخارج من السّبيلين من غير المعتاد؛ كَدودٍ أو حصًّى غير ناقضٍ؛ لأنّه نادرٌ والنّادر مُلْحَقٌ بالعدم[1].

٢- لو ادّعى شخصٌ نسيانَ ما النِّسيانُ في مثله نادرٌ؛ فإنّه لا يقبل منه؛ فلا يترتّب عليه شيءٌ، كما لو كان على رأسه أو ظهره ماءٌ، أو كان معلّقاً في عنقه؛ فنسيه، وتَيمَّم، ثم تذكّر؛ لا يُجزؤه؛ لأنّ النِّسيان في مثل هذه الحالة نادرٌ[2].

٣- لو اجتمع الموتَى المسلمون والكفّار، يُنْظَر؛ فإن كان بالمسلمين علامةٌ يُمكن الفصل بها فُصِلَ بها، وعلامة المسلمين في مثل هذا: الختان، والخضاب، ولبس السّواد، وحلق العانة، وإن لَم يكن بهم علامةٌ يُمَيَّز بها، نُظِرَ إلى الأغلب والأكثر في المكان؛ فإن كان

---

(١) على المشهور عند المالكية.
وذهب الجمهور: الحنفية والشّافعية والحنابلة إلى أنّه ناقض، ولم يعتبروا النّدرة، ولم يفرِّقوا بينها والمعتاد، واعتبر الظّاهرية الاعتياد في الخروج دون المخرج.
انظر: الهداية ١/١٥-١٦، والمعونة ١/١٥٣، والتّلقين ص ٤٧، والمقدّمات ١/٦٨، وجامع الأمّهات ص ٥٥، وشرح القلشاني ص ٣٥٩، والمهذّب ١/٨٤-٨٥، و١٠٥-١٠٦، والمجموع ٢/٥-٩، و١٠٠-١٠٣، وروضة الطّالبين ١/٦٧، و٧٢-٧٣، والمنثور ٢/٣٢٤، و٣٢٦-٣٢٧، ومنتهى الإرادات ١/١٩، وشرح منتهى الإرادات ١/١٣٥، والمحلّى ١/٢١٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٧٤، والمهذّب ١/١٣٠.

المسلمون أكثر غُسلُوا، وكفّنوا، ودفنوا في مقابر المسلمين، وصُلِّيَ عليهم، ويُنْوَى بالدّعاء المسلمون، وإن كان الكفّار أكثر لَم يغسلّوا، ولا يصلّى عليهم؛ لأنّ الحكم للمعتاد الغالب(١).

٤- أنّ هذه القاعدة دليلٌ للتّفريق بين المجنون جنوناً مستوعباً(٢) فلا يَجب عليه قضاء الصّوم، والنّائم أو المُغْمَى عليه؛ فَيَجب عليه القضاء؛ ذلك أنّ في إيجاب القضاء عند الاستيعاب حرجاً، والحرج مرفوعٌ في الشّريعة، بِخلاف النّائم والمُغْمَى عليه؛ فإنّه يَقْدِرُ على قضائه من غير حرجٍ، فصحّ القول بالوجوب عليه، ووجه الفرق: أنّ الجنون المستوعِب قلّما يزول، واستيعابه معتادٌ، بخلاف الإغماء والنّوم إذا استوعب؛ لأنّ استيعابه نادرٌ، والنّادر مُلْحَقٌ بالعدم(٣).

٥- إذا كان في بلد أكثر من نقد، لا غلبة لأحدها على الآخر؛ فلا يصحّ العقد حتّى يُعَيَّنَ، وإن غلب التّعامل بواحدٍ منها واعتاده النّاس، انصرف العقد إليه دون النّادر(٤).

٦- الموصَى له يَملك إثبات اليد على العبد الموصَى بِمنفعته، ويَملك منافعه وأكسابه المعتادة، من الاحتطاب، والاحتشاش، والاصطياد،

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣١/٢.

(٢) المجنون جنوناً مستوعباً، هو: مَنْ جُنَّ قبل دخول وقت عبادة واستمرّ طوال الوقت، مثل: مَنْ جُنَّ قبل دخول شهر رمضان واستمرّ به الجنون طوال الشّهر، واستوعبه، وأفاق بعد مضيّه؛ فإنّه لا قضاء عليه عند عامّة العلماء؛ لأنّه لم يجب عليه؛ لأنّ الوجوب بالخطاب، ولا خطاب عليه. انظر: بدائع الصّنائع ٢٣٤/٢-٢٣٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢٣٥/٢، والمجموع ٢٥٩/٢.

(٤) انظر: روضة الطّالبين ٣٦٥/٣، والمنثور ١٤١/٢.

وأجرة الحرفة؛ لأنّها أبدال منافعه، ولا يَملك الكسب النّادر؛ كالهبة، واللّقطة على الصّحيح؛ لأنّه لا يقصد بالوصية(١).

٧- إذا أَسْلَمَ في طعام موضعٍ لا يُتوَهَّم انقطاعه جاز السَّلَم فيه، كما لو أَسْلَمَ في طَعام المدينة؛ لأنّه لا ينفد طعامها في المعتاد، إلاّ على سبيل النّدرة، والنّادر مُلحَقٌ بالعدم(٢).

٨- مَنْ تَجَنَّبَ الكبائرَ، وارتكب الصّغائرَ، فإن كان ذلك نادراً من أفعاله لَم يُفَسَّقْ، ولم تُرَدَّ شَهَادَتُهُ، وإن كان غالباً في أفعاله فُسِّقَ، ورُدَّتْ شَهادَتُهُ؛ لأنّه لا يمكن ردّ شهادته بالقليل من الصّغائر؛ إذ لا يوجد مَن يُمَحِّصَ الطّاعة، ولا يَخلطها بمعصية، فَغُلِّبَ جانب المعتاد من أمره، وأُلْحِقَ النّادر بالمعدوم؛ فَبُنِيَ الحكمُ على الغالب من أفعاله؛ لأنّ الحكم للغالب، والنّادر لا حكم له(٣).

---

(١) انظر: روضة الطّالبين ٦/١٨٧، وتمهيد الإسنوي ص ٣٤٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٤٧، والمجموع ١٢/١٦٦.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٤١٦، والمهذّب ٣/٦٨٤-٦٨٥، والمجموع ٢٣/٢٠-٢٤، وروضة الطّالبين ١١/٢٢٥، والمحلّى ٨/٤٧٥.

المبحث الثّانِي عشر: القاعدة الثّانِية عشرة [١٢]

[ما وقع الإجماع على إجزائه ليس يلزم أن يكون شرطًا في الصّحّة]

ذكرها ابن رشد في مسألة عدد المقطوع من مسائل صفة الذّكاة[١]؛ دليلاً رَدَّ به أحد الأقوال المذكورة في المسألة؛ حيث قال: «وأمّا مَنِ اشترط قطع الحلقوم والمريء؛ فليس له حجّة من السّماع، وأكثر من ذلك مَنِ اشترط المريء والحلقوم دون الودجين؛ ولهذا ذهب قومٌ إلى أنّ الواجب هو قطع ما وقع الإجماع على جوازه؛ لأنّ الذّكاة لما كانت شرطاً في التّحليل، ولم يكن في ذلك نصٌّ فيما يجري؛ وجب أن يكون الواجب في ذلك ما وقع الإجماع على جوازه، إلاّ أن يقوم الدّليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف؛ لأنّ **ما وقع الإجماع على إجزائه ليس يلزم أن يكون شرطاً في الصّحّة**»[٢].

توثيقها:

هذه القاعدة لم أظفر بِمَنْ نصّ عليها أو ذكر مفادها، ولكن تشترك

---

(١) الذّكاة لغة: تمام الشّيء، ومنه الذّكاء في السِّنِّ؛ أي: تمامه، سُمِّي الذّبحُ ذَكاةً؛ لأنّه إتمام الزّهوق. انظر: المصباح المنير ص ٨٠.
وشرعاً: هي السّبب الذي يتوصّل به إلى إباحة الحيوان البرّي،وهي على ثلاثة أوجه:الذّبح والنّحر وهو للمقدور عليه مما يُذبح أو يُنحر، والعقر في المعجوز عنه حالة العجز، كان العجز بالأصالة أو بالعرض.انظر: شرح زروق ١/٣٧٧، والفواكه الدّواني ١/٣٩٧، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٣٠.

(٢) بداية المجتهد ٢/٤٦٧.

من حيث الدّلالة مع قاعدة أصولية أنّ: «الأخذ بأقلّ ما قيل، أو بأقلّ الأقوال ليس تَمَسُّكاً بالإجماع»[١]؛ وذلك لأنّ المُجمَع عليه من ذلك إنّما هو إثبات الأقلّ، وأمّا نفي الزّائد عنه فليس مُجمعاً عليه، وإلاّ كان مثبتُه خارقاً للإجماع، وجواز مخالفته أظهر دليلٍ على أنّه ليس بالإجماع[٢].

شرح مفردات القاعدة:

الإجماع: لغة: العزم والاتّفاق[٣].

وشرعاً: اتّفاق جميع العلماء المجتهدين من أمّة محمّد ﷺ بعد وفاته في عصرٍ من العصور على أمرٍ دِينِيٍّ[٤].

الصّحّة: لغة: السّلامة وضدّ السّقم وعدم الاختلال[٥].

وهي في اصطلاح الفقهاء تطلق في العبادات على الإجزاء وإسقاط القضاء؛ فكلّ عبادةٍ قُبلَت على وجه يجزئ ويسقط القضاء فهي صحيحة.

وفي المعاملاتً هي ترتّب الأثَر المقصود من العقد على العقد؛ فكلّ نكاحٍ أباح التّلذّذ بالمنكوحة فهو صحيحٌ، وكلّ بيعٍ أباح التّصرّف في المبيع فهو صحيح، وهكذا.

وبعبارة أخرى: هي ما يتعلّق به اعتدادٌ في العبادات ونفوذٌ في المعاملات[٦].

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٨٧/٣، وقواطع الأدلّة ٤٤/٢، والمستصفى ١٥٨/١-١٥٩، والإبهاج ١٧٧/٣، وشرح مختصر الرّوضة ١٣٥/٣، ومذكّرة أصول الفقه ص ١٨٩.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: مختار الصّحاح ص ١١٠، والمصباح المنير ص ٤٢.

(٤) انظر:تنقيح الفصول١١٤/١،ومذكّرة أصول ص١٧٩، وتسهيل الوصول ص٥٣.

(٥) انظر: مختار الصّحاح ص ٣٥٦، والمصباح المنير ص ١٢٧.

(٦) انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٥٣، وتسهيل الوصول ص ١٣.

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ جليلةٌ شريفةٌ تُبيِّن أنّه إذا وقع خلافٌ بين الفقهاء في اشتراط مقدَّرٍ بالاجتهاد على أقاويل، وكان أحد الأقوال مجمعاً عليه؛ بحيث يدخل إثباته في مدلول كلّ قولٍ دون نفيه، فإنّ هذا القول لا يلزم أن يكون شرطاً في صحّة المشروط له.

مثاله: صفّة الذّكاة الشّرعية؛ حيث اتّفق الفقهاء على أنّ الذّبح الذي يقطع فيه الوَجْدَان[1] والْمَرِيء[2] والْحُلْقُوم[3] ذبحٌ شرعيٌّ مبيحٌ للأكل[4].

واختلفوا في عدد المقطوع؛ آلواجب اشتراط قطع الأربعة كلّها أو بعضها على أقوال أشهرها:

القول الأوّل: أنَّ الواجب قطع الأربعة كلّها: الحلقوم والْمَرِيء والودجَين لحصول الذّكاة. وبه قال الحنفية، وهو الأكمل عند الجميع[5].

القول الثّاني: أنّ الواجب قطع الثّلاثة: الودجَين والحلقوم لحصول الذّكاة، وأنّه لا يجزئ أقلّ من ذلك. وهو قولٌ للحنفية والمشهور

---

(١) هما: عرقان محيطان بالحلقوم. انظر: الفواكه الدّواني ٣٩٧/١، والعدّة ٩٠/٢، والمغني ٣٠٤/١٣.

(٢) هو: مجرى الطّعام والشّراب. انظر: المراجع السّابقة.

(٣) هو: مجرى النَّفس. انظر: المراجع السّابقة.

(٤) انظر: الإجماع ص ٢٥، وبداية المجتهد ٤٦٥/٢، وشرح زروق ٣٧٨/١، والمراجع الآتية عند ذكر الأقوال.

(٥) انظر: مختصر القدوري ص ٢٠٦، وبدائع الصّنائع ١٥٧/٤، والهداية ٦٤/٤، وشرحي ابن ناجي وزرّوق ٣٧٧/١-٣٧٩، ومختصر المزنّي ص ٣٨١، والمهذّب ٨٠٢/١، والمجموع ٦١/٩، و٦٤، والعدّة ٩٠/٢، والمغنِي ٣٠٣/١٣، والمحلّى ١٢٢/٦، وفتح الباري ٥٥٧/٩.

عند المالكية وروايةٌ للحنابلة[١].

القول الثّالث: أنّ الواجب قطع الاثنتين فقط: قطع الحلقوم والْمَرِيء لحصول الذّكاة. وبه قال الشّافعية والحنابلة[٢].

فتحصل ثلاثة أقوال، والقول المشترك بين الجميع هو اشتراط الاثنتين؛ فهو مجمعٌ عليه إثباتاً، وأمّا نفي الزّيادة فغير مجمع عليه؛ فليس يلزم كون ما وقع الإجماع على إجزائه -وهو اشتراط قطع الاثنتين في المثال- شرطاً في صحّة الذّكاة؛ لأنّ المجمع عليه من ذلك إنّما هو إثبات قطع الاثنتين، أمّا نفي الزّائد عنهما فليس مجمعاً عليه وإلاّ كان مثبتُه خارقاً للإجماع، والمعلوم أنّ الاجتهاد مع قيام الإجماع خطأٌ؛ فثبت بهذا أنّ ما وقع الإجماع على إجزائه ليس يلزم أن يكون شرطاً في الصّحّة، وهذا هو دليل القاعدة[٣].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لم أقف على مَنْ نصّ على القاعدة، فضلاً من ذِكْر الأدلّة لها، وبالتّتبّع للأقوال المذكورة في مسألة عدد المقطوع في الذّكاة في كتب

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٥٧/٤، والهداية ٦٤/٤، ورسالة القيرواني ص ١٨٥، والمنتقى ٢٠٨/٤، وبداية المجتهد ٤٦٥/٢، والذّخيرة ١٣٣/٤، والمغني ٣٠٣/١٣.

(٢) انظر: مختصر المزنّي ص ٣٨١، والمهذّب ٨٠٢/١، والمجموع ٦١/٩، و٦٤، وفتح الباري ٥٥٧/٩، والعدّة ٩٠/٢، ومنتهى الإرادات ٣١٧/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٣٤/٦.

(٣) انظر: قواطع الأدلّة ٤٤/٢، وبداية المجتهد ٤٦٥/٢-٤٦٧، والمستصفى ١٥٨/١-١٥٩، والإبهاج ١٧٧/٣، وروضة النّاظر ٢٥٦/١، وشرح مختصر الرّوضة ١٣٥/٣، ومذكّرة أصول الفقه ص ١٨٩.

الفقه، وفي كتب الأصول في القاعدة الأصولية المذكورة؛ لم أقف على مَنْ ادّعى الإجماع على ما قاله، وخاصّة الذين قالوا باشتراط الاثنتين، ممّا قد يفهم منه أنّ معنَى القاعدة محلّ الاتّفاق لدى الفقهاء[1]. والله تعالى أعلم.

من تطبيقات القاعدة:

١- أجمع الفقهاء على أنّه لا بدّ مِنْ عددٍ لصحّة الجمعة، ثم اختلفوا في قدره، وأقلّ أقاويل في عدد مَنْ تصحّ بهم الجمعة اثنا عشر رجلاً، وهو العدد المشترك بين الجميع فصار مجمعاً عليه؛ لأنّه أقلّ عددٍ مشتركٍ مجزئٍ في الجمعة، ليس يلزم أن يكون هو الشّرط في صحّة الجمعة[2].

٢- أنّ كون اشتراط قطع الاثنتين: الحلقوم والمريء مجمعاً عليه إثباتاً؛ لأنّه أقلّ ما قيل في عدد المقطوع في الذّكاة، ليس يلزم أن يكون هو الشّرط في صحّة الذّكاة، بدليل جواز مخالفته[3].

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٣٩، والهداية ٨٣/١، ورسالة ابن أبي زيد ص ١٤٢، والتّهذيب ٣١٤/١، والقوانين الفقهية ص ٥٦، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢٤٦/١، ومختصر المزني ص ٤٤، والمهذّب ٣٥٤/١، و٣٥٩-٣٦٠، والمجموع ٢٤٦/٤، و٢٥٧-٢٦٠، والعدّة ٩٩/١، ومنتهى الإرادات ٩٤/١، والمحلّى ٢٤٨/٣.

(٣) انظر: المراجع السّابقة عند ذكر الأقوال في المسألة.



الباب الثّانِي: في القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالعبادات

وفيه ثلاثة فصولٍ:

الفصل الأوّل: في القواعد التِي لا تختصّ بكتابٍ أو بابٍ معيَّنٍ في العبادات.

الفصل الثّانِي: القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالطّهارة، والنّجاسات.

الفصل الثّالث: القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالصّلاة، والزّكاة، والحجّ.



الفصل الأوّل: في القواعد التي لا تختصّ بكتابٍ أو بابٍ معيّنٍ في العبادات

وفيه ستّة مباحث:

١٣- **المبحث الأوّل**: قاعدة: العبادة المحضة مفتقرةٌ إلى النّيّة والعبادة المفهومة المعنَى غير مفتقرةٍ إلى النّيّة.

١٤- **المبحث الثّاني**: قاعدة: ما هو شرطٌ في ابتداء العبادة؛ شرطٌ في استمرارها.

١٥- **المبحث الثّالث**: قاعدة: ليس كلّ شيءٍ منعه الحيض، فالطهارة شرطٌ في فعله إذا ارتفع الحيض؛ كالصّوم.

١٦- **المبحث الرّابع**: قاعدة: من التزم عبادةً في وقت نظيرها انقلبت إلى النّظير.

١٧- **المبحث الخامس**: قاعدة: الأصل أنّ المرأة في معنَى الرجل في كلّ عبادةٍ، إلاّ أن يقوم الدّليل على تخصيصها.

١٨- **المبحث السّادس**: قاعدة: حكم العبد في التّكاليف حكم الحرّ إلاّ ما أخرجه الدّليل.



المبحث الأوّل: القاعدة الثّالثة عشرة [١٣]

[العِبَادَةُ الْمَحْضَةُ مُفْتَقِرَةٌ إلى النِّيَّةِ والعِبَادَةُ المَفْهُومَةُ المَعْنَى غَيرُ مُفْتَقِرَةٍ إلى النِّيَّةِ]

ذكرها ابن رشد في مسألة اشتراط النّيّة في صحّة الوضوء[١] دليلاً؛ حيث قال: ((وسبب اختلافهم: تردّد الوضوء بين أن يكون عبادةً مَحضةً، أعني: غير معقولة المعنَى، وإنّما يقصد بها القربة فقط؛ كالصّلاة وغيرها، وبين أن يكون عبادةً معقولة المعنَى؛ كغسل النَّجاسة؛ فإنّهم لا يختلفون أنّ **العبَادَةَ الْمَحْضَةَ مُفْتَقِرَةٌ إلى النِّيَّة، والعِبَادَةَ المَفْهُومَةَ المعنى غَيرُ مُفْتَقِرَةٍ إلى النِّيَّة**، والوضوء فيه شبهٌ من العبادتين؛ ولذلك وقع الخلاف فيه، وأنّه يجمع عبادةً ونظافةً، والفقه أن ينظر بأيّهما هو أقوى شبهاً فيلحق به))[٢].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد مفادها في كتب الفقهاء، حيث تبيّن نوعية العبادة التي تكون النّيّة فيها شرطاً ولازماً؛ وهي العبادة المحضة، وأنّها لا بدّ

---

(١) ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرة إلى اشتراط النِّية في الوضوء؛ لأنّ الوضوء عبادةٌ مَحضةٌ، والعبادة المحضة لا تصحّ إلاّ بالنِّية.
وخالف في ذلك الحنفية، وقالوا: إنّ النِّية ليست شرطاً، فالوضوء يصحّ من الكافر عندهم.
انظر: بدائع الصّنائع ١/١٠٦، والمعونة ١/١١٩، وجامع الأمّهات ص ٤٤، وشرح القلشاني ص ١٤٥، و٤٩٥، و٥٣٥-٥٣٨، والمهذّب ١/٥٦-٥٧، والمجموع ١/١٦٨-١٧٢، والمغني ١/١٥٦، و٢/١٣٤، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٥، وشرح منتهى الإرادات ١/١٠١، والمحلّى ١/٩٠، وفتح الباري ١/٤٤، و١٦٤.

(٢) بداية المجتهد ١/٣٥.

لصحّتها ولحصول الثّواب عليها من النّيّة، وأنّه لا يصحّ عمل مَنْ لم ينو، أو يكون عاصياً، بخلاف العبادة المفهومة المعنَى؛ فإنّها تصحّ بدون النّيّة ويحصل الثّواب المترتّب عليها[1].

وقد نُقِلَ الإجماع على مفاد القاعدة كما في شرح الرّسالة؛ حيث يقول: ((الإجماع على وجوب النِّية في محض العبادة، وعلى نفيه فيما تَمحَّض لغيرها؛ كالدّيون والودائع والغصوب))[2].

وفيه أيضاً: ((الأصل أنّ ما كان من التّكاليف معقولُ المعنَى؛فإنّه لا يفتقر إلى نِيّة))[3].

وجاءَ في فتح الباري: ((كلّ عملٍ لا تظهر له فائدةٌ عاجلةٌ، بل المقصود به طلبُ الثّواب؛ فالنِّية مشترطةٌ فيه، وكلّ عملٍ ظهرت فائدته ناجزةً وتعاطته الطّبيعةُ قبل الشّريعة لِملاءمة بينهما؛فلا تُشْتَرَطُ النِّيةُ فيه،إلاّ لِمَن قصد بِفعله معنًى آخر يترتّب علَيه الثّواب))[4].

من القواعد التي ذكرها ابن رشد وهي تندرج تحت هذه القاعدة:

أ- قاعدة: الأصل أنّ العبادة لا تصحّ من غير عاقلٍ[5].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/١٢٠-١٢٣، وأشباه ابن نجيم ص: ٢٣، والموافقات للشّاطبي ٢/٢٤١، وشرح القلشاني ص ٥٣٥، وقواعد المقّري ١/٢٦٥، والمهذّب ١/٥٧،والمبدع١/١١٦-١١٧، والإنصاف للمرداوي ١/١٦٧، والإسعاف بالطّلب للتّواتي ص:٢٧٢-٢٧٥،وشرح مسلم١٣/٥٦،والفتح١/١٥-٢٣،و١٦٤.

(٢) شرح القلشاني ص٥٣٥-٥٣٦،وانظر: المهذّب١/٥٦-٥٧،وفتح الباري١/٢٠.

(٣) شرح القلشاني ص ٤٨٥، وانظر: ص ١٤٤-١٤٥ منه.

(٤) فتح الباري للحافظ ابن حجر ١/١٦٤.

(٥) ذكرها في مسألة: صحّة وقوع حجّ الصّبيّ. بداية المجتهد ١/٣١٩.

=

علاقتها بالقاعدة: علاقةٌ شرطيةٌ؛ حيث إنّ تَمييز النّاوي من شروط صحّة النّيّة.

ب- قاعدة: الأصل أنّ العبادات لا ينوب فيها أحدٌ عن أحد[١].

علاقتها بالقاعدة: هي علاقةٌ شرطيةٌ أيضاً؛ حيث إنّ من شروط افتقار العبادة إلى النّيّة كونها من الْمُتعبّد بها يقوم المكلّف بها بنفسه؛ فلا تدخلها النِّيابة؛ لأنّ النِّيابة لا تدخل في النِّية، إلاّ ما ثبت استثناؤه بالدَّليل؛ كالحجّ عن العاجز، والميّت، وكذلك نيّة الوليّ عن الصّبيّ، ونظائره؛ فهي على خلاف هذا الأصل[٢].

شرح مفردات القاعدة:

أوّلاً: العبادة، هي في اللّغة: اللّين والخضوع، والذّلة والتّذلّل. والتّعبّد: التّنسّك. والعبادة: الطّاعة مع الخضوع، ومنه: طريقٌ معبَّدٌ؛ إذا كان مُذَلَّلاً بكثرة الوطء[٣].

قال في معجم مقاييس اللّغة: «وأمّا عَبَدَ يَعْبُدُ عبادَةً؛ فلا يقال إلاّ لمَن يعبُد الله تعالى. يقال منه: عَبَدَ، يَعْبُد عِبَادَةً، وتَعَبَّد يَتَعَبَّد تَعَبُّداً، فالْمُتَعَبِّد: الْمُتَفَرِّد بالعبادة»[٤].

=

وانظر: أشباه ابن نجيم ص: ٥٠، وأشباه السيوطي ص: ٨٦.

(١) ذكرها في مسألة: النّيابة في الحجّ. بداية المجتهد ١/٣٢٠.

(٢) انظر: الموافقات ٢/١٧٣-١٧٤، وفتح الباري ١/٢١.

(٣) انظر: تهذيب اللّغة للأزهري ٢/٢٣٤، ومعجم مقاييس اللّغة ٤/٢٠٥، ولسان العرب ٣/٢٧١-٢٧٢.

(٤) معجم مقاييس اللّغة لابن فارس ٤/٢٠٥-٢٠٧.

وللعبادة في عرف أهل العلم إطلاقاتٌ منها[1]:

١-عبارةٌ عمّا يثاب على فعله، وتتوقّف صحّته على النّيّة، وهذا أنسب التّعريفات المذكورة هنا.

٢-فعل المُكلَّف على خلاف هوى نفسه تعظيماً لربّه.

٣-التّذلّل والافتقار لِمَن له الحكم والاختيار.

٤-اسم لما يحبّه الله ويرضاه من الأقوال والأفعال والأعمال الظّاهرة والباطنة.

الألفاظ ذات الصّلة[2]:

أ- **القربة**، وهي: ما يتقرّب به إلى الله فقط، أو مع الإحسان للنّاس كبناء الرّباط والمساجد والوقف على الفقراء والمساكين.

ب- **الطّاعة**، وهي: موافقة الأمر بامتثاله سواء أكان من الله أو من غيره.

قال الله -تعالى-: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡ** ﴾[3].

قال في الحاشية: «بين هذه الألفاظ (العبادة، القربة، الطّاعة) عمومٌ وخصوصٌ مطلق.

والقربة: ما يثاب على فعله بعد معرفة مَن يتقرّب إليه به، ولم يتوقّف على نيّةٍ.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٢٦، وتفسير القرطبي ١/١٩٠، و٥/١٧٢، والموافقات للشّاطبي ٢/٢٤١، ومغني المحتاج للشّربيني ١/٤٧، والأمنية في إدراك النّيّة للقراقي ص: ٢٩، والتّعريفات للجرجاني ص: ١٤٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٧٢.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٥/٢٤٩، و٢٥١، والتّعريفات للجرجاني ص: ١٧٤، وحاشية ابن عابدين ١/٢٢٢، وأشباه ابن نجيم ص: ٤٤.

(٣) سورة النّساء، الآية: ٥٩.

والطّاعة: ما يثاب على فعله توقّف على نيّةٍ أو لا، عرف مَن يفعله لأجله أم لا»[١].

فالصّلوات الخمس والصّوم والزّكاة وكلّ ما تتوقّف صحّته على نيّةٍ عبادةٌ وطاعةٌ وقربةٌ.

وقراءة القرآن والوقف والعتق والصّدقة ونحو ذلك مِمَّا لا تتوقّف على نيّةٍ قربةٌ وطاعةٌ[٢].

قال في البحر المحيط: «إنّ العبادة مشتقّةٌ من التّعبّد، وعدم النّيّة لا يمنع كون العمل عبادةً...، وقال: عندي أنّ العبادة والطّاعة والقربة إنّما تكون فعلاً وتركاً، والعمل المطلوب شرعاً يُسمَّى عبادةً إذا فعله المكلَّف تعبّداً، أو تركه تعبّداً، أما إذا فعله لا بقصد التّعبّد بل لغرضٍ آخر أو ترك شيئاً من المحرَّمات لغرضٍ آخر غير التّعبّد فلا يكون عبادةً؛ لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ خَيْرٌ لِّلَّذِينَ يُرِيدُونَ وَجْهَ ٱللَّهِ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾[٣]»[٤].

ثانياً: الْمَحْضَة، من الْمَحْض على وزن الْفَلْس؛ اللَّبَن الخالص الذي لم يخالطه الماءحُلْواً كان أو حامضاً،وكلّ شيء أَخْلَصْتَه فقد مَحَضْتَه[٥].

فالعبادة المحضة هي الخالصة عن علّة خاصة تُفْهَم منها حكمة مشروعيتها، والتّي ليس فيها شوبٌ بعبادةٍ معقولَ المعنَى، وإنّما طُلِبَتْ

(١) حاشية ابن عابدين ٧٢/١.
(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٢٢/١، و٢/١٢٠-١٢٣.
(٣) سورة الرّوم، الآية: ٣٨.
(٤) البحر المحيط للزّركشي ٢٩٣/١-٢٩٤.
(٥) انظر: مختار الصّحاح للرّازي ص: ٦١٦.

على وجه الانقياد، وهو من قَبيل ما توجّه إلى القلوب والجوارح[١].

ثالثاً: مُفْتَقِرَةٌ إلى النِّيَّة، أي: أنّ النّيّة في العبادات المحضة لازمةٌ، وأنّه لا يصحّ هذا النّوع من العبادة ولا يحصل الاعتداد به، ولا يحصل الثّواب عليه إلاّ بالنّيّة.

أمّا العبادة المفهومة المعنَى وهي التي قصد الشّارع فيها اتّباع المعاني، فإنّ النّيّة فيها ليست بشرطٍ، وتصحّ وترتّب عليها آثارها، وهي من أعمال الجوارح خاصّةً[٢].

وهذا من حيث الإلزام وعدمه، وإلاّ فكلّ طاعة من حيث كونُها طاعةً لله عبادةٌ، وكلّ عبادة مفتقرةٌ إلى نيّة؛ إذ النّيّة شرطٌ في كون العمل عبادةً؛فعلاً كان أو تركاً، فما كان المغلّب فيه التّعبّد وتمحّضت فيه العبادة؛ فإنّه يفتقر إلى نيّةٍ ولا يصحّ عَملُ مَن لم ينو، أو يكون عاصياً، وما غُلِّبَ فيه جهة العبد فحقّ العبد يحصل بغير نيّة، فيصحّ العمل هنا من غير نيّةٍ ولا يكون عبادةً، فإن راعى جهة الأمر فهو من تلك الجهة عبادةٌ، فلا بدّ فيه من نيّة، أي: لا يصير عبادةً إلاّ بالنّيّة، لا أنّه يلزم فيه النّيّة أو يفتقر إليها[٣].

رابعاً: النّيّة، هي في اللّغة مخفّفةٌ أو مشدّدةٌ: القصد والاعتقاد والعزم. والنّيّة عمل القلب، وهي تنفع النّاوي وإن لم يعمل الأعمال[٤]،

---

(١) انظر: الفروق ١/١٣٠، والموافقات ٢/٢٢٩، و٢٣٤، و٢٤٠-٢٤١، وشرح القلشاني ص ١٤٥، و٤٨٥، و٤٩٨، و٥٣٥-٥٣٩، والمهذّب ١/٥٧، ومغني المحتاج ١/٤٧، والمجموع ١/١٦٩، وشرح مسلم ١٣/٥٥-٥٦، وفتح الباري ١/١٥-٢٣، و١٦٤-١٦٥.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

(٤) كما في حديث جابر رضي الله عنه، قال: كنّا في غزاةٍ؛ فقال النّبيّ ﷺ : «إنّ =

وأداء العبادة التي تشترط فيها النِّية لا ينفع مؤدِّيه بدونها[1].

النّيّة في الشّرع[2]: هي: قصد الطّاعة والتّقرّب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل.

وقيل: هي: الإرادة المتوجِّهة نحو الفعل ابتغاءً لوجه الله تعالى وامتثالاً لحكمه.

وقيل: هي: القصد إلى الشّيء المأمور به، وهذه التّعريفات كلّها متقاربة المفاد.

المعنَى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بمفادها تفيد انقسام التّكاليف إلى ثلاثة أقسامٍ[3]:

=

بالمدينة لَرِجَالاً ما سِرْتُمْ مَسيراً ولا قَطَعْتُم وَادياً، إلاّ كانوا مَعَكُم؛ حَبَسَهُمُ المَرَضُ»، أخرجه مسلم في صحيحه ١٥١٨/٣، كتاب الإمارة، باب ثواب مَنْ حَبَسَهُ عن الغزو مَرَضٌ، أو عذرٌ آخر، برقم: (١٩١١).

قال النّووي في شرحه ٥٩/١٣: «في هذا الحديث فضيلةُ النِّية في الخير، وأنّ مَن نوى الغزو وغيره من الطّاعات؛ فعرض له عذرٌ مَنَعَهُ، حصل له ثوابُ نيته، وأنّه كلّما كثر من التّأسّف على فوات ذلك، وتَمَنَّى كونه مع الغزاة ونحوهم كثر ثوابه، والله أعلم».

وقال في فتح الباري ١٧/١ في معرض شرحه للحديث: إنّما الأعمال بالنِّية: «ومِنْ ثَم وَرَدَ: نيَةُ المؤمن خيرٌ من عمله».

(١) انظر: تهذيب اللّغة للأزهري ٥٥٦/١٥-٥٥٧، ومعجم مقاييس اللّغة ٣٦٦/٥، ولسان العرب ٣٤٧/١٥-٣٤٨.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٢٩، والمعونة ١١٩/١، الموافقات ٢٤٠/٢، وشرح القلشاني ٤٩٨/١، والتّاج والإكليل ٢٠٧/٢، ومواهب الجليل ٣٣٧/٣، والمجموع ١٦٨/١، وفتح الباري ١٩/١.

(٣) انظر: المقدّمات ٦١/١-٦٢، و٦٧، والذّخيرة ٢٤٥/١، والموافقات ٢٢٨/٢، وشرح القلشاني ص ١٤٥، و٤٨٥، و٤٩٨، و٥٣٥-٥٣٦، والفواكه الدّواني ١٢٨/١، والإسعاف بالطّلب ص: ٢٧٤، والمهذّب ٥٦/١-٥٧، ٢٣٢، و٢٦٩،

=

أحدها: المتعبّد به، وهو ما اصطلح عليه بِمحض العبادة، أو العبادة المحضة، والذي لا يظهر المعنَى المقصود من شرعيته؛ كالتّيمّم والصّلاة، وهذا القسم تشترطُ فيه النِّية، ولا يصحّ العمل إلاّ بها بالإجماع، وهو من قبيل ما توجّه إلى القلوب والجوارح.

القسم الثّاني: مقابله، وهو الذي يُعْقَلُ معناه؛ كإعطاء الدَّين، وردّ الودائع والغصوب، ويُسَمَّى: المعقول المعنَى، وهذا لا تشترط فيه النِّية بالإجماع، وهو من أعمال الجوارح خاصّة، وكذلك التّروك؛ كترك الزّنا، والخمر، والسّرقة، وكذلك إزالة النَّجاسة.

القسم الثّالث: ما فيه شائبتان، واشتمل على الوجهين جميعاً؛ كالطّهارة والزّكاة؛ فإنّ الطّهارة فيها معنَى النّظافة؛ لكنّها بِماءٍ مَخصوصٍ عند إرادة فعلٍ مخصوصٍ، وكذلك الزّكاة يُعْقَلُ فيها معنَى إرفاق المساكين، لكنّها في قدرٍ مخصوصٍ من المال، لا يُعْقَلُ معناه، وفي زمنٍ خاصٍ كذلك، وفي هذا القسم خلافٌ جارٍ بين الفقهاء، والفقه أن يُلحق بأيّهما أقرب شبهاً.

وفي الجملة؛ فإنّ الأعمال تتبع النِّية وتصاحبها، ويترتّب الحكم على ذلك؛ فالعامل لا يحصل له إلاّ ما نواه؛ فَمَن نوى شيئاً حصل له إذا عمله بشرائطه، أو حال دون عمله ما يُعْذَرُ به شرعاً، وكلّ ما لم ينوه لم يحصل له، أي: ما لم ينوه لا خصوصاً ولا عموماً.

وأمّا إذا لم ينو شيئاً مخصوصاً لكن كانت هناك نيّةٌ عامّةٌ تشمله،

=

و٦١٩، والمجموع ١٦٨/١، وفتح الباري ١/١٥-٢٣، و١٦٤، و١١/٥٨٠.

فهذا مِمّا اختلفت فيه أنظار العلماء، ويَتخرّج عليه من المسائل ما لا يُحصى، وقد يحصل غير المنوي لِمدرَكٍ آخر؛ كَمَن دخل المسجد فصلّى الفرض، أو الرّاتبة قبل أن يقعد؛ فإنّه يحصل له تَحية المسجد نواها أو لم ينوها؛ لأنّ القصد بالتّحية شغل البقعة وقد حصل.

وكذلك أفادت القاعدة أنّ النِّية إنّما تُشترَطُ في العبادة التِي لا تَتَميَّزُ بنفسها، وأمّا ما تتميّز بنفسها؛ فإنّه تنصرف بصورته إلى ما وضع له؛ كالأذكار، والأدعية، والتّلاوة؛ لأنّها لا تتردّد بين العبادة والعادة.

وكذلك ما يُقْصد حصوله في الجملة؛ فإنّه لا يحتاج إلى نيّة تَخصُّهُ؛ كَمَن مات زوجُها فلم يبلغها الخبر إلاّ بعد مدّة العدّة؛ فإنّ عدّتَها تنقضي؛ لأنّ المقصود حصول براءة الرّحم وقد وجدت[1].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

أجمع الفقهاء في الجملة على هذه القاعدة، كما قال الإمام ابن رشد وحكى الإجماع غيره من أهل العلم كما تقدّم، وما وقع من الخلاف في تطبيقها فراجعٌ إلى اختلافهم في تكييف العبادة وتصنيفها[2].

قال في فتح الباري: كلّ عملٍ لا تظهر له فائدةٌ عاجلةٌ بل المقصود به طلبُ الثّواب؛ فالنِّية مشترطةٌ فيه، وكلّ عملٍ ظهرت فائدته ناجزةٌ وتعاطته الطّبيعةُ قبل الشّريعة لِملاءمةٍ بينهما؛ فلا تُشْتَرَطُ النِّيةُ فيه، إلاّ لِمَن

---

(١) انظر: فتح الباري ١/٢٠-٢١.

(٢) انظر: المبسوط ١/١٩٦، وحاشية ابن عابدين ١/١٢٤، وأشباه ابن نجيم ص ٢٣، والموافقات ٢/٢٤١، والقواعد للمقّري ١/٢٦٥، وحاشية ابن عابدين ١/١٢٤، والإنصاف ١/١٦٧، وفتح الباري ١/١٦٤.

قصد بِفعله معنًى آخر يترتّب عليه الثّواب.

وإنّما اختلف العلماء في بعض الصّور من جهة تَحقيق مناط التّفرقة.

وأمّا ما كان من المعانِي المحضة؛ كالخوف والرّجاء؛ فهذا لا يُقال باشتراط النِّية فيه؛ لأنّه لا يمكن أن يقع إلاّ منويّاً[(١)].

فتبيّن أنّ القاعدة لا خلاف في معناها ولا في مفادها في الجملة، وإن وقع الخلاف فمن جهة تَحقيق مناط التّفرقة بين ما تَمَحَّض من غيره.

من أدلّة القاعدة:

١-إجماع الفقهاء على وجوب النِّية في محض العبادة، وعلى نفي النِّية في غيرها[(٢)].

٢-قوله ﷺ : ((إِنَّمَا الأَعْمَالُ بالنِّيَّات، وإِنَّمَا لِكلِّ امرئٍ مَا نَوَى))[(٣)].

فالحديث دلّ على اشتراط النِّية والإخلاص في الأعمال، وعلى أنّ الأعمال الخارجة عن العبادة لا تفيد الثّواب إلاّ إذا نوى فاعلها القربة، وأنّ النِّيابة لا تدخل في النِّية، وهذا محمولٌ على العبادة المحضة حتّى لا يُرَدُّ بِمثل نيّة الوليّ عن الصَّبِي ونظائره، وأنّ النِّية إنّما تشترط في العبادة التِي لا تَتَمَيّز بنفسها.

والحديث قد تواتر النّقل عن الأئمة في تعظيم قدره، وجعله ثلث العلم؛ لأنّ كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه؛ فالنِّية أحد أقسامها

---

(١) انظر: فتح الباري للحافظ ابن حجر ١/١٦٤.

(٢) انظر: شرح القلشانِي ص ٥٣٥-٥٣٦، وفتح الباري ١/١٦٤.

(٣) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، تقدّم تخريجه في القاعدة [٣]، الدّليل (٥) من أدلّتها، واللّفظ هنا للبخاري.

الثّلاثة وأرجحها؛ لأنّها تكون عبادةً مستقلّةً وغيرها يحتاج إليهـــا، ولأنّ كلّ عملٍ بنيَّته، وهي تتنوّع كما تتنوّع الأعمال، والمراد بالأعمال هنـــا أعمال المكلَّفين، وعلى هذا يخرج أعمال الكفّار؛ لأنّ المـــراد: أعمـــال العبادة، وهي لا تصحّ من الكافر، وإن كان مُخَاطباً بها مُعَاقَبـــاً علـــى تركها، والنِّية خصّصها الشّرع بالإرادة المتوجِّهة نحو الفعل لابتغاء رضـــا الله وامتثال حكمه؛ فالأعمال بنِيّاتها[1].

من الأحكام المتعلّقة بالعبادة:

الحكم الأوّل؛ مصدرها: هو الوحي بنوعيه: الكتاب الكريم وسنة النّبيّ ﷺ الذي لا ينطق عن الهوى ﴿ وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۝٣ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴾[2]؛ أمّا الأمور العادية التي تجري بين النّاس لتنظيم مصالحهم الدّنيوية فالمقصود منها التّوجيه إلى إقامة العدل بينهم ودفع الضّرر، فيجوز فيها الاجتهاد فيما لم يرد فيه نصٌّ لتحقيق العدل ودفع الضّرر[3].

الحكم الثّاني؛ اشتراط النّيّة: لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط النّيّة في العبادات المحضة[4]، وأنّ النّيّة شرطٌ في تصيير العمل عبادةً؛ فعلاً كان أو

---

(١) انظر: معالم السّنن ٦٥١/٢، والمهذّب ٥٧/١، والمجموع ١٦٩/١-١٧٠، وشرح مسلم ٥٥/١٣-٥٦، وفتح الباري ١٥/١-٢٣، و١٦٤.

(٢) سورة النّجم، الآيتان: ٣-٤.

(٣) انظر: الموافقات ٢٢٩/٢ فما بعدها، و٢٤١، والمهذّب ٥٧/١، وشـــرح مســـلم ٥٥/١٣-٥٦، وفتح الباري ١٥/١-٢٣، و١٦٤-١٦٥، و٥٨٠/١١.

(٤) انظر: بدائع الصّـــنائع ١٧٨/١، و٣٢٩، و٢١٤٤، وبدايـــة المجتهـــد ٢٩٥/١، والذّخيرة ٢٤١/١، وشرح القلشـــاني ص ١٤٥، و٤٨٥، ٤٩٨، و٥٣٥-٥٣٧، والمراجع السّابقة.

تركاً، لقول تعالى: ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعْبُدُواْ ٱللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ حُنَفَآءَ﴾[١].

وللحديث: ((إنّما الأعْمَالُ بالنّيّات)).

شروط افتقار العبادات إلى النّيّة خمسة[٢]:

الأوّل: أن تكون من أعمال الجوارح أو اللّسان لا أعمال القلب؛ لأنّ كسب العبد يقع بقلبه، ولسانه، وجوارحه؛ فتشترط النِّية لأعمال الجوارح واللّسان دون القلوب، بناءً على هذا؛ إن فُسِّرَ الإيمان بمعنى عمل اللّسان فالنِّية شرطٌ، وعلى تفسيره بالتّصديق بالقلب فلا يحتاج إلى نيّة كسائر أعمال القلوب، من خشية الله وعظمته ومحبّته والتّقرّب إليه؛ لأنّها مُتَمَيِّزَةٌ لله تعالى؛ فلا تَحتاج لنِيَّة تُمَيِّزها؛ لأنّ النِّية إنّما تُمَيِّز العمل لله عن العمل لغيره رياءً، وتُمَيِّز مراتبَ الأعمال كالفرض والنّدب، وتُمَيِّز عن العادة؛ كالصّوم عن الحمية.

الثّاني: أن تكون فعلاً أو تركاً تختصّ بزمنٍ معلومٍ مؤقتٍ كالصّيام، فإن كانت العبادة تركاً لا تختصّ بزمنٍ معلومٍ كترك الزّنا وشرب الخمر وأكل لحم الخنْزير وترك المعتدّة التّزيّن، وما أشبه ذلك لم تفتقر إلى نيّةٍ؛ لأنّ المقصود حصوله وقد حصل.

الثّالث: أن تكون العبادة مِمَّا يصحّ أن تُفعل لله ويصحّ أن تُفعل لغرضٍ آخر[٣]، أي: التِي لا تتميّز بنفسها، فإن كانت العبادة مِمَّا لا يصحّ

---

(١) سورة البيّنة، الآية: ٥.

(٢) انظر: المقدّمات١/٦١-٦٢،والمهذّب ١/٥٦، وفتح الباري ١/١٥-٢٣، و١٦٤-٦٥.

(٣) كالصّلاة والصّوم مثلاً؛ فإنّ المرء قد يصلّي ويصوم امتثالاً لأمر الله، أو لأجل تقليل الوزن ونحوه.

أن تُفعل إلاّ لله؛ كإرادة التّقرّب إليه بالعبادة التِي تَتميّز بنفسها؛ لم يفتقر إلى نيّة؛ لأنّها تنصرف بصورتها إلى ما وضع له؛ كالأذكار والأدعية والتّلاوة؛ لأنّها لا تتردّد بين العبادة والعادة.

الرّابع: أن تكون العبادة واجبةً لحقّ الله؛ كالصّلاة والزّكاة والصّيام، فإن كانت واجبةً لحقّ مخلوقٍ لم تفتقر إلى نيّة؛ كقضاء الدّين وأداء الودائع والأمانات وبرّ الآباء والأمّهات وما أشبه ذلك من العبادات.

الخامس: أن لا تكون العبادة واجبةً لعلة ترتفع بامتثال العبادة بدون نيّة، فإن كانت واجبةً لعلةٍ ترتفع بامتثالها بدون نيّة لم تفتقر إلى نيّة؛ كالاستنجاء وغسل النجاسات من الثّياب والأبدان وما أشبه ذلك.

السّادس: أن تكون العبادة يفعلها المتعبِّد في نفسه، فإن كانت ممّا يفلعها في غيره لم تفتقر إلى نيّة؛ كغسل الميّت، وغسل الإناء سبعاً من ولوغ الكلب فيه، ومَن وضّأ غَيْرَه.

وفي الجملة؛ فالنِّية إنّما تُشترَطُ في العبادة التِي لا تَتميّز بنفسها، وأمّا ما تتميّز؛ فإنّها تنصرف بصورتها إلى ما وُضِعَتْ؛ كالأذكار، والأدعية، والتّلاوة؛ لأنّها لا تَتردّد بين العبادة والعادة[1].

الحكمة في إيجاب النّيّة في العبادات هي تَمييز العبادة عن العادة، وتَمييز مراتب العبادات، ولهذا قالوا: تجب النّيّة في العبادة التي تلتبس بعادة، كالغسل والوضوء يقعان تبَرّداً وتنظيفاً، ويقعان عبادةً مأموراً بها، فإذا نَوَى تَعَيَّنَ أنّه لله تعالى فيقع تعظيم العبد للرّبّ بذلك الغسل، ومع عدم النّيّة لا يحصل التّعظيم، وكان عادةً وتنظيفاً.

---

(١) انظر: فتح الباري ١/٢١، و١٦٤.

وكالصّوم يكون لعدم الغذاء وللحميّة والتّداوي، ويكون للتّقرّب، فإذا نوى عبادةً حصل به التّعظيم لله تعالى.

والجلوس في المسجد يكون للاستراحة ويكون للاعتكاف.

ودفع المال للغير قد يكون صدقةً وقد يكون فرض الزكاة، فشُرعت النّيّة لتمييز العبادة عن غيرها.

والصّلاة قد تكون فرضاً أو نفلاً، فشُرعت النّيّة لتمييز الفرض عن النّفل.

أمّا القربات التي لا لبس فيها؛ فلا تحتاج إلى نيّة كالإيمان بالله تعالى والخوف من عذابه، والرّجاء لثوابه، والتّوكّل على كرمه، والآذان، والإقامة، وخطبة الجمعة، وقراءة القرآن الكريم، وسائر الأذكار، فإنّها متميّزةٌ لجنابه سبحانه وتعالى، وكذلك النّيّة منصرفةٌ إلى الله -تعالى- بصورها، ولا تتردّد بين العبادة والعادة؛ فلا جرم لم تفتقر النّيّة إلى نيّة أخرى.

وأمّا العادة فهي الأعمال الخارجة عن محض العبادة؛ فلا تفيد الثّواب إلاّ إذا نوى فاعلها القربة؛ كالأكل إذا نوى به القوّة على الطّاعة، وكذا النّوم والزّواج ونحوه[1].

تعيين المنوي وعدم تعيينه:

المنوي إمّا أن يكون من العبادات أو لا، فإن كان منها، فإمّا أن

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/١٢٠-١٢٣، وأشباه ابن نجيم ص ٢٠-٢٢، والمعونة ١/١١٩، والذّخيرة ١/٢٤٢، والفروق ١/١٢٩-١٣٣، والأمنية ص: ١٩، و٣٤، والموافقات ٢/٢٣١، ٢٤٠-٢٤١، والقواعد للمقّري ١/٢٦٦، وشرح القلشاني ١/١٤٠، والمهذّب ١/٥٧، ومغني المحتاج ١/٤٧، ونهاية المحتاج ١/١٤٢-١٤٤، وأشباه السّيوطي ص: ٤٧، وكشاف القناع ٢/٢٦٠، وفتح الباري ١/١٥-٢٣، و١٦٤، والإسعاف بالطّلب ص: ٢٧٤.

تكون أداء أو قضاء.

فإن كانت أداء؛ فإمّا أن يكون وقتها ظرفاً للمؤدّى، بمعنَى أنّه يسعه وغيره فلا بدّ من التّعيين؛ كالصّلاة والزّكاة، وإمّا أن تكون صفة المنوي مشتركةً من الفريضة والنّافلة والأداء والقضاء، فلا بدّ من نيّة الصّلاة ونيّة التّعيين، وكذا سائر الفرائض والواجبات.

لذلك تُعتبَرُ نيّة العمل من كونها مثلاً صلاةً أو غيرها، ومن كونها فرضاً أو نفلاً، ظُهراً مثلاً أو عصراً، مقصورةً أو غير مقصورة[1].

وعلامة تعيينها بحيث يكون لو سُئِلَ أيّ صلاةٍ يصلّي يمكنه أن يجيب بلا تأمّل.

وأمّا القضاء فلا بدّ من التّعيين صلاةً أو صوماً أو حجّاً، مع بيان النّوع.

وأمّا النّوافل والسنن؛ فإنّها تصحّ بمطلق النّيّة وبنيّة مباينة.

وأمّا إن كان وقتُها معياراً لها، بمعنَى أنّه لا يسع غيرها كالصّوم في رمضان؛ فإنّ التّعيين ليس بشرط إن كان الصّائم صحيحاً مقيماً، فيصحّ بمطلق النّيّة وبنيّة النّفل وواجب آخر؛ لأنّ التّعيين في المتعيَّن لغوٌ.

وأمّا إن كان وقتُها مشكلاً كوقت الحجّ يشبه المعيار باعتبار أنّه لا يصحّ في السَّنة إلاّ حجّة واحدة، ويشبه الظّرف باعتبار أنّ أفعاله لا تستغرق وقته، فيصحّ بمطلق النّيّة نظراً إلى المعيارية، وإن نوى نفلاً وقع عمّا نوى نظراً إلى الظّرفية.

الوسائل؛ كالشّروط فلا يشترط التّمييز فيها، مثال ذلك: التّيمّم؛ فإنّه لا يشترط التّمييز بين الحدث والجنابة حتّى لو تيمّم الجنب يريد به

---

(١) انظر: فتح الباري ١/٢٠.

الوضوء جاز؛ لأنّ الشّروط يراعى فيها وجودها لا غير.

والضّابط في هذا؛ أنّ التّعيين لتمييز الأجناس، فنيّة التّعـيين في الجـنس الواحد لغوٌ لعدم الفائدة، ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السّبب، والصّلاة كلّها من قبيل المختلف، بخلاف أيام رمضان فإنّه يجمعها شهود الشّهر.

وقد يحصل غير المنوي؛ لمدرَك آخر، كَمَن دخل المسجد فصـلّى الفرض أو الرّاتبة قبل أن يقعد؛ فإنّه يحصل له تَحيّة المسجد نواهـا أم لم ينوها؛ لأنّ القصد بالتّحيّة شغل البقعة وقد حصل(١).

حكم الخطأ في التّعيين:

الضّابط في هذا أنّ الخطأ فيما لا يشترط التّعيين له لا يضرّ، كتعيين مكان الصّلاة وزمانها وعدد الرّكعات والسّجدات، وعلى هذا؛ فالشّاهد إذا ذكر ما لا يحتاج إليه في الشّهادة فأخطأ فيه لا يضرّ؛ لأنّ التّناقض فيما لا يحتاج إليه لا يضرّ.

وأمّا ما يشترط فيه التّعيين كالخطأ من الصّوم إلى الصّلاة وعكسه، أو من صلاة الظّهر إلى العصر وعكسه فإنّه يضرّ(٢).

حكم الجمع بين عبادتين بالنّيّة:

حاصله إمّا أن يكون في الوسائل أي: الشّروط، أو في المقامـات، أي: المقاصد، فإن كان في الوسائل فإنّ الكلّ صحيحٌ؛ كما لو اغتسـل الجنب يوم الْجمعة لرفع الجنابة وللجمعة؛ ارتفعت جنابته وحصـل لـه

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص: ٣٠-٣٨، وتفسير القرطبي ١٧٢/٥، والأمنية في إدراك النّيّة ص: ٢٠-٢٣، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٠٦/٢، و١٢/٣، ٣٣٦ - ٣٣٤١، وفتح الباري ٢١/١، و١٦٤، وأشباه السّيوطي ص: ٤٦، و٥٣.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

ثواب غسل الجمعة.

وإن كان في المقاصد؛ فإمّا أن ينوي فرضين أو نفلين، أو فرضاً ونفلاً، فإذا نوى فرضين فإن كانا متساويين لم يصحّ واحدٌ منهما إن كان في الصّلاة، كما لو نوى صلاتي الظّهر والعصر، وإن كان في وقت أحدهما فهو للذي دخل وقتها، وإن كانا فائتين فهو للأوّل منهما، ولو نوى فرضاً فائتاً ووقتياً فهو للفائت إلاّ أن يكون في آخر الوقت.

وإن استويا في القوّة وكان في الصوم فله الخيار ككفّارة الظّهار وكفّارة اليمين، وليس له الجمع لاختلاف سببها.

وإن كان أحد الفرضين أقوى انصرف إليه؛ فصوم القضاء أقوى من صوم الكفارة فيقدّم، والصّلاة المكتوبة أقوى من الجنازة[١].

وقت النّيّة ومحلّها:

وقتها أوّل الفروض كأوّل غسل جزء من الوجه، ومحلّها القلب ولا يكفي التّلفّظ باللّسان دونه، ولا يشترط مع نيّة القلب التّلفّظ في جميع العبادات؛ إذ لم ينقل عن النّبي ﷺ ولا عن أصحابه رضوان الله عليهم التّلفّظ بالنّيّة لا في حديثٍ صحيحٍ ولا ضعيفٍ، ولا عن الأئمة الأربعة رحمة الله عليهم[٢].

شروط صحّة النّيّة[٣]:

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص: ٤٠-٤٢، وفتح الباري ١/٢١، وقواعد ابن رجب ص ٩٩، ق (١٨).

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٤٢، و٤٩، والمعونة ١/١١٩، و١٢٧، والمنتقى ١/٥٢، وشرح القلشاني ١/٤٩٨، والتّاج والإكليل ٢/٢٠٧، والمهذّب ١/٥٧، ومغني المحتاج ١/٤٧، ونهاية المحتاج ١/١٤٢-١٤٤، والمغني ١/١٥٧، وفتح الباري ١/١٨.

(٣) انظر: مغني المحتاج للشّربيني ١/٤٧، ونهاية المحتاج للرّملي ١/١٤١-١٤٤، وأشباه =

الأوّل: إسلام النّاوي فلا تصحّ العبادات من كافر.

الثّاني: تَمييز النّاوي، فلا تصحّ عبادةُ صَبِيٍّ غير مُميّزٍ ولا مجنونٍ.

الثّالث: العلم بالمنويّ، فمَن جهل فرضية عبادةٍ فلا تصحّ.

الرّابع: ألا يأتي بمنافٍ بين النّيّة والمنوي.

من تطبيقات القاعدة:

١-النّيّة شرطٌ في صحّة العبادات المحمضة؛ كالصّلاة والزّكاة والصّوم والحج، والتّيمّم، وليست بشرطٍ في قضاء الدّين وغسل النّجاسة[١].

٢-لا يشترط التّعيين في الطّهاراتٍ والحجّ والعمرة؛ لأنّه لو عيّن غيرها انصرف إليها، وكذا الزّكاة والكفّارات[٢].

٣-لا تشترط نيّة الفريضة لصلاة الصّبِيّ لكونه غير فرض في حقه، ولكن ينبغي أن ينوي صلاة كذا[٣].

٤-لو نوى قضاء ما عليه من صومٍ وهو يظنّه يوم الخميس فإذا هو غيره أجزأه[٤].

٥-لو اختلف اللّسان والقلب فالمعتبر ما في القلب، كما لو نوى بقلبه فريضة الظّهر وتلفّظ بالعصر[٥].

=

ابن نجيم ص: ٣٦، و٤٩-٥٠، وحاشية ابن عابدين ١/١٠٨.

(١) انظر: الموافقات للشّاطبي ٢/٢٣٠، والقواعد للمقّري ١/٢٦٥، وفتح الباري ١/١٣-٢٣، و١٦٤.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٥١،وفتح الباري١/١٩-٢١،وأشباه السّيوطي ص:٥٣.

(٣) انظر: فتح الباري ١/١٩-٢١، وأشباه ابن نجيم ص: ٣٧.

(٤) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٤، وأشباه السّيوطي ص: ٥٤.

(٥) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٤٦، والتّاج والإكليل للمواق ٢/٢٠٧، وشرحي ابن ناجي وزروق ١/١٥٣-١٥٤.

٦-لو وجبت عليه كفّارة فطرٍ فصام واحداً وستين يوماً عن القضاء والكفّارة و لم يعيّن يوم القضاء أجزأه[١].

٧-أنّ غسل الجنازة لا يشترط فيه النّيّة وإن كان تعبّداً؛ لأنّ التّعبّد إنّما يحتاج إلى النّيّة إذا كان مما يفعله الإنسان في نفسه[٢].

٨-أنّ العبادات التِي تتميّز بنفسها تنصرف إلى ما وضعت له؛ كالأذكار، والأدعية، والتّلاوة؛ لأنّها لا تتردّد بين العبادة والعادة، ما لم يحدث فيها العرف شيئاً؛ كالتّسبيح للتعجّب، أو الصّلاة على النّبيّ ﷺ للتّعجّب، أو للفت الانتباه، ولكن لو قصد بذلك القربة إلى الله لوقع له عبادةً، ولكان أكثر ثواباً، ومن ذلك قيل: إنّ حركة اللّسان مع الغفلة عنه تُحصِّل الثّواب؛ لأنّه خيرٌ من حركة اللّسان بالغيبة، بل هو خيرٌ من السّكوت مطلقاً[٣].

٩- العبادات التِي تتميّز بنفسها، ولا تفتقر إلى تعيين المنوي؛ كالأذكار، والأدعية، والتّلاوة، تقع عبادةً يترتّب عليها الثّواب حتّى مع الغفلة؛ فحركة اللّسان بالذّكر مع الغفلة عنه تُحصِّل الثّواب، وعليه تُحمَل الغفلة عن ركنٍ ركنٍ من أركان العبادة؛ كالصّلاة مثلاً، يشترط لها تَعيين جنسها، ونوعها، ولكن لا يشترط تعيين عدد ركعاها وأركاها، فلو ذهل أو غفل في ركعةٍ من ركعاها صحّت صلاته؛ لأنّ تعيين عدد الرّكعات غير مشروطٍ[٤].

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص: ٣٢.
(٢) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٣/٧.
(٣) انظر: فتح الباري ١/٢١.
(٤) انظر: فتح الباري ١/٢١.

١٠- أنّ ما كان حصوله هو المقصود في الجملة؛ فإنّه لا يحتاج إلى نيّة تَخُصُّهُ؛ كتحيّة المسجد؛ فلو دخل شخصٌ المسجدَ فصلّى فريضةً أو راتبةً قبل أن يقعد حصل له تَحيّة المسجد،نواها أم لم ينوها؛لأنّ المقصود شغل البقعة وقد حصل.

١١-ومثلها، مَنْ مات زوجها أو طلّقها و لم يبلغها الخبر إلاّ بعد مدّة العدّة؛ فإنّ عدّتها تنقضي؛ لأنّ المقصود حصول براءة الرّحم، وقد وجدت.

١٢-وكذلك التّروك ومافي حكمها لا تَفتقر إلى نيّةٍ؛لِحصول المقصود[1].

١٣-ما ليس بِعملٍ لا تشترط له النِّية، ومن أمثلة ذلك: جمع التّقديم؛ فإنّ الرّاجح أنّه لا تشترط له نيّة[2].

١٤-أنّ العمل إذا أضيف إلى سببٍ واحد، ويجمع متعدّده جنسٌ؛ فإنّ نية الجنس تكفي، مثاله: من أعتق عن كفّارةٍ، و لم يعيّن كونها عن ظهارٍ أو غيره أجزأه عن التي تلزمه؛ لأنّ الأعمال بنيّاتها، والعمل هنا القيام بالذي يخرجه عن الكفّارة اللازمة، وهو غير محوجٍ إلى تعيين سببٍ، وعلى هذا، لو كانت عليه كفّارةٌ، وشكّ في سببها أجزأه إخراجها بغير تعيينٍ[3].

---

(١) انظر: شرح مسلم ٥٦/١٣، وفتح الباري ٢١/١.

(٢) انظر:شرح القلشاني ص١٤٥،و٤٨٥،و٤٩٨،و٥٣٥-٥٣٦،وفتح الباري٢٥/١.

(٣) انظر: فتح الباري ٢٥/١.

المبحث الثّاني: القاعدة الرّابعة عشر [١٤]

[ما هُوَ شرطٌ في ابْتِدَاءِ العِبادَةِ؛ شَرْطٌ في اسْتِمْرَارِهَا]

هذه القاعدة مأخوذةٌ من قول ابن رشد عند بيانه لسبب الخلاف في مسألة: انتقال فرض الحاج المتمتّع من الهدي إلى الصّيام؛ حيث قال:

«واختلفوا في حدّ الزّمان الذي ينتقل بانقضائه فرضه من الهدي إلى الصّيام؛فقال مالكٌ[1]: إذا شرع في الصّوم فقد انتقل واجِبُهُ إلى الصّومِ، وإنْ وجدَ الهدي في أثناء الصّوم.

وقال أبو حنفية[2]: إنْ وجد الهدي في صوم الثّلاثة الأيام لزمه، وإنْ وجده في صوم السّبعة لم يلزمه.

وهذه المسألة نظير مسألة: مَنْ طلَع عليه الماء في الصّلاة وهو مُتَيَمِّمٌ.

وسبب الخلاف هو: **هل ما هو شرطٌ في ابتداء العبادة هو شرطٌ في**

---

(١) والشّافعية والحنابلة والظّاهرية.
دليلهم: أنّه صومٌ دخل فيه لِعدم الهدي؛ فإذا وُجِدَ الهديُ لم يَلْزِمْهُ الْخروج إليه كصوم السّبعة.
انظر: أحكام ابن العربي ١/١٨٣-١٨٤، وتفسير القرطبي ٢/٣٩٦-، و٣٩٨، والذّخيرة ٣/٣٥٢، ومختصر المزني ص ٩٦، والمهذّب ١/٦٥٤، والمجموع ٧/١٢١، ومختصر الخرقي ٥/٣٦٦، والمغني ٥/٣٦٦-٣٦٧، والمحلّى ٥/١٤٢.

(٢) دليلهم: أنّ الصّومَ بدلٌ عن الهدي، وقد قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ فبطل حكم البدل؛ كما لو وجد الماء في خلال التّيمّم.
انظر: مختصر القدوري ص ٧١، وأحكام الجصاص ١/٣٦٩، وبدائع الصّنائع ٢/٣٨٧-٣٨٨.

استمرارها؟»(١).

توثيق القاعدة:

ورد مفاد القاعدة وتطبيقاتها في كتب الفقهاء منها:

جاء في بدائع الصّنائع: «لا خلاف في أنّ الجماعة شرطٌ لانعقاد الجمعة؛ حتّى لا تنعقد الجمعة بدونها؛ حتّى إنّ الإمام إذا فرغ من الخطبة ثم نفر النّاس عنه إلاّ واحداً يُصَلّي بهم الظّهر دون الجمعة، وكذا لو نفروا قبل أن يَخطب الإمام؛ فخطب الإمام وحده، ثم حضروا فصلّى بهم الجمعة لا يجوز؛ لأنّ الجماعة كما هي شرط انعقاد الجمعة حال الشّروع في الصّلاة؛ فهي شرطٌ حال سماع الخطبة؛لأنّ الخطبة بِمَنْزلة شفعٍ من الصّلاة»(٢). حيث رتّب صحّة الخطبة والجمعة على حضور الجماعة من بداية إلى نهاية(٣).

وفيه: إنّها -الجماعة- شرطٌ للانعقاد والبقاء جميعاً؛ فيشترط دوامُها من أوّل الصّلاة إلى آخرها؛ كالطّهارة، وستر العورة، واستقبال القبلة ونحوها؛ حتّى إنّهم لو نفروا بعد ما قيّد الرّكعة بالسّجدة، له أن يَتِمَّ الجمعة...، وقيل: إذا نفروا قبل أن يقعد الإمام قدر التّشهّد فسدت

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣١٠.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ١/٥٩٧.

(٣) وهذا على قول زفر من الحنفية؛ حيث لا خلاف عند الحنفية في أنّ الجماعة شرطٌ لانعقاد الجمعة، وإنّما الخلاف جارٍ بينهم في هل هي شرط بقائها منعقدةً إلى آخر الصّلاة؟ فقال أبو حنيفة وصاحباه -أبو يوسف ومحمّد بن الحسن الشّيباني- إلى عدم اشتراط استمراريتها. وذهب زفر منهم إلى أنّها شرطٌ للانعقاد والبقاء جميعاً. انظر: المرجع السّابق.

الجمعة، وعليه أن يستقبل الظّهر[1]. ويلاحظ أنّ استمرارية شرطية الطّهارة، وستر العورة، واستقبال القبلة لصحّة الصّلاة إذا لم يكن عذرٌ أمرٌ معروفٌ[2]؛ حيث قاس استمرارية شرط الجماعة عليها.

وفيه أيضاً: «وجه قوله: أنّ الجماعة شرطٌ لهذه الصّلاة؛ فكانت شرطَ الانعقاد والبقاء كسائر الشّروط من الوقت، وستر العورة، واستقبال القبلة، وهذا؛ لأنّ الأصل فيما جُعِلَ شرطاً للعبادة أن يكون شرطاً لِجَميع أجزائها؛ لتساوي أجزاء العبادة، إلاّ إذا كان شرطاً لا يمكن قِرَانُهُ لجميع الأجزاء؛ لتعذّر ذلك أو لما فيه من الحرج؛ كالنّيّة فتُجْعَل شرطاً لانعقادها»[3].

وفيه: «كمال النّصاب مِنْ أوّل الحول إلى آخره شرط وجوب الزّكاة»[4].

وجاء في جامع الأمّهات: «طهارة الخبثِ ابتداءً ودواماً في الثّوب والبدن والمكان»[5].

وفيه: «الرّابع: الاستقبال، وهو شرطٌ في الفرائض إلاّ في القتال، وفي النّوافل إلاّ في السّفر الطّويل للرّاكب؛ فيجوز حيثُما توجّهت به دابّته، ابتداءً ودواماً»[6].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٩٨/١، و٥٩٩. والقول الثّاني هو قول زفر.
(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٠١/١، و٣٠٦، و٣٠٨.
(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٥٩٨/١، و٥٩٩. مُبَيِّناً وجه قول زفر.
(٤) بدائع الصّنائع ٩٩/٢.
(٥) جامع الأمّهات لابن الحاجب ص ٨٩.
(٦) جامع الأمّهات ص ٩٠.

ما جاء في المهذّب: «إذا قطع شرطاً من شروطها؛ كالطّهارة والسّتارة وغيرهما بطلت صلاته»[١]. حيث أفاد أنّ قطع شرطٍ أثناء أداء الصّلاة يبطلها.

وفي المجموع: «إذا أخلّ بشرطٍ من شروط الصّلاة مع قدرته عليه بطلت صلاته، سواء دخل فيها بخلافه أو دخل فيها وهو موجودٌ ثم أخلّ به؛ لأنّ الْمشروط عُدِمَ عند عَدَمِ شرطه»[٢].

وفي المغنِي: «فمتَى أَخَلَّ بشيءٍ من هذه الشّروط لغير عذرٍ لم تَنْعَقِدْ صلاته»[٣].

وفيه أيضاً: كلّ حدثٍ ينقض الطهارةَ بعمدٍ أو نسيان؛فإنّه متَى وُجِدَ بغلبةٍ أو بإكراهٍ أو بنسيانٍ في الصلاة ما بين التكبير للإحرام لها إلى أن يتم سلامه منها؛ فهو ينقضُ الطهارةَ والصلاةَ معاً ويلزمه ابتداؤها ولا يجوز له البناء فيها، سواء كان إماماً أم مأموماً أو منفرداً، في فرضٍ كان أو في تطوعٍ[٤].

وفيه أيضاً: «كلّ شرطٍ يُعتَبَرُ في الاستدامة، يُعْتَبَرُ في الابتداء، وقد يُعْتَبَرُ في الابتداء ما لا يُعْتَبَرُ في الاستدامة»[٥]، وفيه أيضاً: «الشّروط يُعْتَبَرُ دَوامُها»[٦].

---

(١) المهذّب للشّيرازي ٢٨٢/١.

(٢) المجموع للنّووي ٥/٤.

(٣) المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ٣٨٩/٢.

(٤) انظر: المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ٤٦٤/٢-٤٦٨.

(٥) المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ٤٤٩/٦.

(٦) المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ٤٥٢/١٢.

فهذه النّقولات من بعض كتب الفقهاء وغيرها تدلّ على أنّ ما هو شرطٌ في ابتداء عبادةٍ شرطٌ في استمرارها؛ حيث نصّت بعضها على أنّ الإخلال بها في وسطها يفدي إلى إبطال العبادة.

شرح مفردات القاعدة:

شرطٌ: الشّرط في اللّغة: العلامة. ومنه قوله تعالى:﴿ فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا ﴾[1] أي: علاماتها[2].

والشّرط في اصطلاح الأصوليّين: ما يلزم من عدمه العدمُ، ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدم لذاته[3].

والشّرط عند الفقهاء: ما تَتَوَقَّفُ صحَّةُ شيءٍ عليه إن لم يكن عذرٌ، وهو خارج مِنْ ماهيّته، ويجب قبله[4].

معنَى القاعدة الإجمالي:

ظاهر ذكر ابن رشد للقاعدة بصيغة الاستفهام يشعر بوقوع الخلاف بين الفقهاء في أنّ شروط العبادة، هل يلزم وجودها في ابتداء فقط دون استمرار، أم هل يلزم وجودها حتّى نهاية العبادة؟[5].

---

(١) سورة محمّد، الآية: ١٨.

(٢) انظر: المفردات ص ٢٦١، وطلبة الطّلبة ص ٢٧٧، وأساس البلاغة ص ٣٢٦، ومختار الصّحاح ص ٣٣٤، والمصباح المنير ص ١١٨، وأنيس الفقهاء ص ٢٣، وشرح مختصر الرّوضة ٤٣٠/١.

(٣) انظر: تنقيح الفصول ٦٩/١، و٧٠، و٩٩، وشرح تنقيح الفصول ص ٧١، والفروق ٦٢/١، وشرح مختصر الرّوضة ٤٣٥/١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥١.

(٤) انظر: الفروق ٦٢/١، و١١٠، وقواعد المقري ٣٧٣/٢، ومنتهى الإرادات ٤٢/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٧٧/١.

(٥) انظر: قواعد المقرّي ٣٧٣/٢، وشرح مختصر الرّوضة ١٨٩/١، وشرح منتهى =

وبالنّظر إلى حقيقة الشّرط عند الأصوليّين والفقهاء،وإلى تأثير الشّرط في الفروع الفقهية المذكورة في كتب أهل العلم نفياً وإثباتاً، توصلتُ إلى إعادة صيغة القاعدة بحذف صيغة الاستفهام؛ لتصبح القاعدة إثباتيةً.

وبهذا يكون معنَى القاعدة: أنّ كلّ ما هو شرطٌ -بشتّى أنواعه من شرط وجوبٍ،أو جوازٍ،أو صحّةٍ، أو انعقادٍ أو غيره حسب ما هو مذكورٌ في كتب الفقهاء- في ابتداء عبادةٍ؛ فهو شرطٌ في استمرارها واستدامتها. ولم أقف على مُخالفٍ في ذلك من الفقهاء؛ لأنّ الأصل فيما جُعِلَ شرطاً للعبادة أن يكون شرطاً لجَميع أجزائها؛ لتساوي أجزاء العبادة، إلاّ إذا كان شرطاً لا يمكن قِرَانُهُ لجميع الأجزاء؛ لتعذّر ذلك أو لما فيه من الحرج؛ كالنّيّة فتُجْعَل شرطاً لانعقادها[1].

وإن اختلفوا فيما هو شرطٌ من غيره، كما اختلفوا في تحديد بداية ونهاية بعض عبادةٍ. وسوف أتكلّم عن هذا إن شاء الله في فقرة موقف المذاهب الفقهية من القاعدة.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

تقدّم أن الإمام ابن رشد صاغ هذه القاعدة مصاغةً تشعر بوقوع الخلاف بين أهل العلم في استمرارية الشّروط من ابتداءالعبادة حتّى نهايتها.

وسبب الخلاف المذكور -في الحقيقة- بعد تدقيق النّظر يتبيّن أنّه لا يُتَصَوَّر؛ حيث لَمْ أقف بعد البحث على قول يفيد أنّ الطّهارة مثلاً شرطٌ في ابتداء العبادة فقط دون آخرها، وأنّ الْمُكَلَّف لو تطهّر في ابتداء عبادةٍ

=

الإرادات ١/٢٧٧.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٩٨-٥٩٩.

ثم انتقضت طهارته أنّه يستمرّ؛ فإذا سُئِلَ: لِماذا؟ يقول: لأنّ الشّرط -وهو الطّهارة- في ابتداء العبادة فقط دون استمرارها، لَمْ يقل بهذا أحدٌ من أهل العلم حسب علمي.

وبعد إمعان النّظر في القاعدة؛ خصوصاً في الفرع الذي ورد فيها ذكر القاعدة، ونظيره الذي ذكره ابن رشد وهو مسألة: مَنْ طلع عليه الماءُ في الصّلاة وهو مُتَيَمِّمٌ، بتدقيق النّظر في هذين الفرعَيْن ونظائرهما وتحريرها تحريراً دقيقاً يُعْلَم أنّه لا خلاف بين أهل العلم أنّ كلّ ما هو شرطٌ في ابتداء العبادة؛فهو شرطٌ مُستَمِرٌّ حتَى نهاية تلك العبادة؛فَمَتى اختلّ شرطٌ مِنْ شروط صحّتها لَمْ يقع الاعتداد بها؛ ووجبت الإعادة؛ لأنّ الشّرط هو ما وقف حكمها عليه صحّةً وفساداً مِمّا هو خارجٌ عنها[١].

وفيما يلي تحرير الكلام فيه:

أمّا الْمسألة الأولى التي هي محلّ ورود القاعدة وهي: اختلافهم في حدّ الزّمان الذي ينتقل بانقضائه فرض مَنْ لَمْ يجد الهدي إلى الصّيام؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾[٢]. فتحرير محلّ النّزاع فيها كما يلي:

أوّلاً: لا أعلم خلافاً بين أهل العلم في أنّ الأصل في حَقّ مَنْ تَمَتَّع بالعمرة إلى الْحجّ، وانتفع بِضَمِّ العمرة إلى الْحجِّ الهديُ[٣]؛ لقوله

---

(١) انظر: المفردات ص ٢٦١، وقواعد المقرّي ٣٧٣/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٧٧/١.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٦.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٧١، ورسالة القيرواني ص ١٨١، وبداية المجتهد ٣٠٩/٢، ومختصر المزني ص ٩٦، وزاد المستقنع ص ٥٦.

تعالى: ﴿فَإِذَآ أَمِنتُمۡ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ إِلَى ٱلۡحَجِّ فَمَا ٱسۡتَيۡسَرَ مِنَ ٱلۡهَدۡيِ﴾[1]، وإنْ اختلفوا في معنَى ما استيسر مِنَ الهدي؛ فقيل: هو بَدَنَةٌ، وقيل: هو شاةٌ، وقيل: هو: شاةٌ أو بَدَنَةٌ أو شركٌ في دَمٍ[2]. إذاً الأصلُ والواجبُ عليه هو الهديُ لا غيره. ثُمَّ؛

ثانياً: جاء التّيسير من علاّم الغيوب القائل: ﴿أَلَا يَعۡلَمُ مَنۡ خَلَقَ وَهُوَ ٱللَّطِيفُ ٱلۡخَبِيرُ﴾[3]؛ وقد سبق في علمه أنّه قد لا يكون في مستطاع جميع الْمُكَلَّف فرخّص بقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖ فِي ٱلۡحَجِّ وَسَبۡعَةٍ إِذَا رَجَعۡتُمۡ﴾[4]، وجاء ببدلٍ عن الهدي لِمَنْ لا يمكنه الهدي؛ إمّا لعدم تَوَفُّرِه لديه، أو تَوَفَّرَ ولكن تَمَسُّ حاجته إليه، فيدخل تحت نصب التّقادير الشّرعيّة[5]؛ فَيُعْطَى الْموجودُ حكمَ المعدومِ في حقّه؛ فيكون في حكم مَنْ لَمْ يجد؛ وهذا هو شرطٌ لانتقاله من الأصل الْمُبْدَل منه إلى البدل، وهو تعذّر الأصل بوجه من الوجوه؛ إذ لا يَجوز الانتقالُ من الأصل إلى البدل إلاّ بعد تعذّر الأَصل والعجز عن تحصيله؛ كما تقدّم تفصيله عند الكلام على القاعدتَين [٥-٦]، فَلَمّا تعذّر الأصل سوّغ له

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٦.

(٢) انظر: أحكام ابن العربي ١/١٧٩-١٨٠، والْمنتقى ٤/٤-٥، وبداية المجتهد ٢/٣٠٩-٣١٠.

(٣) سورة الْملك، الآية: ١٤.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٩٦.

(٥) هذا مُصطلَحٌ أدخله الإمام القرافي ضمن أحكام الوضع، وعرّفه بقوله: «وهي: إعطاء الْموجود حكم الْمعدوم، أو الْمعدوم حكم الْموجود». الفروق ١/١٦١. وانظر: بدائع الصّنائع ١/١٧٠-١٧١، و١٧٥-١٧٦، والمهذّب ١/١٢٥.

الانتقال إلى البدل.

إذاً الْمسألة هي: انتقال من أصلٍ إلى بدلٍ، والشّرط هو: تعذّر الأصل؛ فإذا تعذّر انتقل، وصحّ انتقاله عند الجميع. ثمّ؛

ثالثاً: مسألةٌ فرضيّةٌ: هل القدرة على الأصل بعد صحّة انتقاله إلى البدل وتَلَبُّسه به مُبْطِلَةٌ للانتقال الصّحيح وناقضةٌ له أم لا؟

أو بعبارةٍ أخرى: هل يُشْتَرَطُ لصحّة البدل انقضاءُ وقت الأصل؛ بحيث لو قدر على الهدي في اليوم الثّاني -مثلاً- مِنْ انتقاله إلى البدل الذي هو الصّيام بطل صيامه ويلزمه الرّجوع إلى الأصل الذي هو الهدي؟

بعد هذا التّحرير؛ يتبيّن أنّ سبب اختلاف الفقهاء ليس في: هل ما هو شرطٌ في ابتداء العبادة هو شرطٌ في استمرارها؟ إذ كما أسلفتُ لَمْ أظفر بِمَنْ قال: إنّ ما شُرِطَ في ابتداء عبادةٍ غير مشروط في وسطها أو نهايتها، إنّما الخلاف في هذه المسألة ونظيرها: هل يُشْتَرَطُ استمرارُ تعذّر الأصل والعجز عنه لِصحَّة الانتقال إلى البدل أم لا؟

إذن سبب اختلافهم هو: شرطية الاستمرار، وليست استمرارية الشّرط؛ ففرقٌ بين العبارتين فتأمّلهما، وعلى هذا تَنْبَنِي أقوالهم في هذه المسألة ونظائرها.

إذا تقرّر هذا، تكون صيغة القاعدة بـــ: **[ما هو شرطٌ في ابتداء العبادة؛ شرطٌ في استمرارها]** أصلها الطّهارة في الصّلاة. والله تعالى أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لها بِالنّظر في حقيقة الشّرط؛ حيث يلزم من عدمه العدم، وباستقراء الفروع الفقهيّة التي لها شروطٌ اتّفق الفقهاء على بطلانها بوقوع

خللٍ فيها من قِبَلِ شروطها.

وشروط العبادة على عدّة أقسام[١]:

شرط وجوب العبادة؛ وهو ما لا تَجِبُ العبادةُ إلاّ به. مثاله: العقل والبلوغ[٢].

الأصل في ذلك قوله ﷺ : «إنّ الله تجاوز لأُمَّتي الخطأ والنّسيان وما استكرهوا عليه». وفي رواية: «إنّ الله وضع عن أُمَّتِي الْخَطأ والنِّسْيَانِ وماا ستكرهوا عليه»[٣].

شرطٌ في وجوب الأداء، وهو ما لا يَجب أداء العبادة إلاّ به. ويطلق عليه أيضاً شرط الوجوب؛ ولعلّ التّعبير بوجوب الأداء أدقّ؛ لأنّ الأصل في جميع العبادات وجوبُها على الْمكلَّف على الدّوام بشرط الإمكان وانتفاء الحرج[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٨/١، و٣٠١، و٣٦٠-٣٦١، و٥١٦، و٦١٦، و٢٨/٢، و٢٣٣-٢٣٧، و٣٣٢-٣٣٣، و٣٦٤، وأنيس الفقهاء ص٢٢، وبداية المجتهد ١١٣/١، و١٧٠، و١٨٥، و٢٢٩، و٢٦٧، و٢٧٤، و٢٨١، و٢٨٨، و٣٨١، و٣٨٣-٣٨٥، و٢٠٧/٢، و٢١٥، وعقد الجواهر١٧/١،و١١٠-١١٩، والتّاج والإكليل ١٣٦/٢-١٣٨، و١٧٧، و١٩٤، ومواهب الجليل ٦١/١، و٣/٢، و١٣٦-١٣٨، و١٧٧-١٧٨، و١٩٤، وقواعد المقرّي ٣٧٣/٢، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٩-٤٠، والمهذّب ٢٢٢/٢، والمجموع ٢١١/٢، ٩٧/٣، و١٢٠، و١٣٤، و٦/٤، و٨-١٠، والمغني ٩٢/٢، و١٠٠، ٢٨٣، ٣١١، ٣٨٩، و٤٦٤-٤٦٥، و٤٨٠، والعدّة شرح العمدة ٥٦/١ فما بعدها، وشرح مختصر الرّوضة١٩٤/١، ومنتهى الإرادات ٤٢/١، وشرح منتهى الإرادات٢٧٧/١، وأنيس الفقهاء ص٢٣.

(٢) انظر: التّلقين ص ١٢٩، و٢٠٠.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣] فقرة شرح مفردات القاعدة منها.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢٣٥/٢، والتّلقين ص ١٣٠، وأحكام ابن العربي ٦٢٥/١، =

مثاله: دخول وقت العبادة؛ فلا يَجب على المكلّف أداءُ صلاة مثلاً حتّى يدخل وقتها. والأصل فيه قوله تعالى في الصّلاة: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا﴾[(١)]، أي: فرضاً مؤقّتاً؛ حتّى لا يَجب ولا يَجوز أداء الفرض قبل وقته، إلاّ صلاة عصر يوم عرفة[(٢)].

وقوله تعالى في الحجّ: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾[(٣)]؛ حيث دلّت أنّ أشهر الحجّ أشهرٌ معلوماتٌ[(٤)].

شرطٌ في الصّحّة، وهو ما لا تَصحّ العبادة إلاّ به. ويعرف أيضاً عند الحنفية بشرط أهلية أداء العبادة. مثاله: الإسلام، والنّيّة، واستقبال القبلة، والطّهارة بنوعيها: الحكميّة؛ وهي الطّهارة من الحدث الأكبر والأصغر – وضوءٌ وغُسلٌ، وبدلٌ منهما وهو التّيمّم–، والحقيقيّة؛ وهي إزالة النّجاسة عن الثّوب والبدن ومكان العبادة[(٥)].

=

وبداية المجتهد ١/١٨٥، و٢/١٠٩.

(١) سورة النّساء، الآية: ١٠٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/٣١٥، و٥٦١، و٥٨١، و٥٨٧، و٦١٦-٦١٩، و٢/٢٨، و٧٨، و١٧١، و٢١٣، و٢٢٥، و٢٣٣، و٢٦٣، و٢٩٣، و٣٣٢، و٣٦٤، و٤٧٩، وأحكام ابن العربي ١/١٨٧، و٦٢٥، وبداية المجتهد ١/١٨٥، و٢٢٩، و٢/٢١٦، والمهذّب ١/١٧٤، و١٧٨، و٣٥٤، و٤٦٠، و٤٦٨-٤٦٩، و٥٠٣، و٥٠٧، و٥٧٠، و٦٣٢، و٦٣٦،ومنتهى الإرادات ١/٢٦، و١٢١، و١٥٨، و١٧٣، والمحلى ٥/١٣.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٧.

(٤) انظر: أحكام ابن العربي ١/١٨٧.

(٥) انظر شروط صحّة العبادة في: بدائع الصّنائع ١/١٧٥، و١٧٩، و٣٠١، و٣٠٦، و٣٠٨، و٣٢٩، و٣٦١، و٥٢٦، و٥٩٧، و٢/٢٢٥، و٢٧٤، و٣٠٨، وبداية
=

الأصل في اشتراط الإسلام اتّفاق المسلمين أنّه لا تصحّ عبادةُ مَنْ ليس بِمُسْلِمٍ[(١)].

والأصل في اشتراط الطّهارة قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ وَٱمْسَحُواْ بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ ۚ وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَٱطَّهَّرُواْ﴾[(٢)]؛ حيث دلّت على فرضية الطّهارة وشرطيّتها[(٣)].

والأصل في استقبال القبلة اتّفاق[(٤)] المسلمين على أنّ التّوجّه نحو البيت شرطٌ من شروط صحّة الصّلاة؛ لقوله تعالى: ﴿فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ۚ وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُۥ﴾[(٥)].

شرطٌ في جواز، وهو ما لا تَجوز العبادة إلاّ به. مثاله: عدم وجدان الماء شرطٌ لجواز التّيمّم[(٦)].

=

المجتهد ١/٢٩، و١١٣، و١١٨، و٢٧٤، و٢٧١، و٢٨٨، و٢٩٢، و٢٩٥، و٣٨٦، و١٥٩، و٢/٢١٦، و٢٦٣، و٢٧٣، والمهذب ١/١١٨، و١٢٥، و١٧٨، و٢٠٤، و٢٠٧، و٢٠٩، و٢١٥، و٢٢٣، و٣٠٤، و٣١٤-٣١٥، و٣٦٢، و٤٣٤، و٥٨١، و٦١٤-٦١٥، ومنتهى الإرادات ١/١٤، و٢٦-٢٨، و٤٠، و٤٢، و٤٥، و٤٨، و٤٩-٥٠، و٥٢-٥٣،و٩٣،و٩٨، و١٠٦،وشرح منتهى الإرادات ١/٢٦٢، و٢٧٧، و٢٩٧، و٣٢٥، و٣٣١، و٣٤٠، و٣٥٥، و٣٦١، و٢/١١، و٣٩، والمحلّى ١/٩٠، و٥/٤٥، والإجماع ص ٨.

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/٢١٥.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٦.

(٣) انظر: أحكام ابن العربي ٢/٥٠-٥١.

(٤) انظر: بداية المجتهد ١/٢٧٤، و٢/٤٩، وتفسير القرطبي ٢/١٥٦.

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٤٤.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٦٨،و١٧٧-١٧٨، و١٨٠، و٣٠٢، و٣٣٧، و٣٥٤، =

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُوا۟ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ﴾[1].

شرطٌ في وجوب الأداء والجواز معاً، وهو ما لا يَجب ولا يجوز أداء العبادة إلاّ به. مثاله: دخول الوقت[2].

شرطٌ في وجوب الأداء والجواز والصّحّة معاً، وهو ما لا يَجب، ولا يَجوز، ولا يصحّ أداء العبادة إلاّ به. مثاله: الطّهارة من الحيض[3].

وهذه الشّروط المذكورة في حالات الاعتياد دون حالات العذر.

فمتَى اختلّ شيءٌ من هذه الشّروط بترك ما يجب فعله، أو فعل ما يجب تركه في أوّل العبادة أو وسطها أو آخرها؛ فإنّ العبادة تبطل، وتجب إعادتها ما لم يكن له عذرٌ، فرضاً كانت عبادتُه أو نفلاً؛ لأنّه شرطٌ للعبادة فاستوى فيه الفرض والنَّفْل، إلاّ ما ثبت استثناؤه بدليلٍ؛ كترك استقبال القبلة حالة السّفر والمسايفة.

=

و٥١٧-٥١٩، و٥٢٦، و٥٥٨، و٥٦٢، و٥٨٩-٥٩٠، و١٤٤/٢-١٤٩، و١٦٤، ١٦٥، و٢٦٥، و٣١٩، و٣٣٢، و٣٣٣، و٣٦٤-٣٦٥، و٤٥٥، والتّلقين ص٦٦، وبداية المجتهد ١١٤/١، و١٧٠، و٢٣١، و٤٩/٢، و١٦٠، و٢٢٨، و٣٤٢، والمهذّب ١١٦/١-١١٧، و١٢١-١٢٢، و١٢٤-١٢٥، و٢٠٤، و٢٢٣، و٦٤٦، ومنتهى الإرادات ١٦٧/١، والمحلّى ٩٠/١، و١٢/٤، و٢٨٥، و٤٥/٥.

(١) سورة المائدة، الآية: ٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣١٥/١، و٦١٦، والمحلى ١٩٧/٢، و١٢/٤، و٢٨٥، و١٣/٥.

(٣) انظر: بدايةالمجتهد ٣٨٣/١، و٢٦٣/٢، و٢٦٩، والمهذّب ١٧٨، والمحلّى١٩٧/٢.

تأثير الشّرط:

الشّرط شرطان: وجودِيٌّ وعدمِيٌّ؛ فالوجوديّ لا يلزم من وجوده شيءٌ فلا يؤثِّر، والعدمِيُّ يلزم من عدمِهِ عدم المشروط؛ فيؤثّر؛ كاشتراط عدم وجدان الماء لجواز التّيمّم[1].

قال في الفروق[2]: «فإنّه -يعني: الشّرط- لا يلزم من وجوده شيء، وإنّما يؤثِّر عدمُهُ في العدمِ».

وقال في شرح منتهى الإرادات[3]: «و-الشّرط- عرفاً: ما لا يوجدُ الْمشروطُ مع عدَمِه، ولا يلزم أَنْ يوجدَ عند وجوده».

علاقة الشّرط بالْمَانع والسّبب:

أوّلاً: السّبب، لغةً: هو كلُّ شيءٍ يُتَوَصَّلُ به إلى غيره حِسيّاً كان أو معنويّاً؛ فالحسِيّ كالحبل الذي يُتوَصَّل به إلى الماء من البئر، والمعنويّ؛ كالعلم الذي يُتَوصَّلُ به إلى الخير والفقه في الدِّين[4].

واصطلاحاً: ما يلزم من وجوده الوجودُ، ومن عدمه العدمُ لذاته[5].

ثانياً: الْمانع، لغةً: هو الحائلُ والحاجزُ بين الشّيئين؛ كالحيض بالنّسبة للمرأة؛ فإنّه يمنعها من الصّلاة، والصّوم والعبادات[6].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٦٨-١٧١.
(٢) الفروق للقرافي ١/٦٢.
(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١/٢٧٧.
(٤) انظر: مختار الصّحاح ص ٢٨١، والمصباح المنير ص ١٠٠.
(٥) انظر: الفروق ١/٦١-٦٢، وشرح تنقيح الفصول ص ٧٠.
(٦) انظر: مختار الصّحاح ص ٦٣٦، والمصباح المنير ص ٢٢٢.

واصطلاحاً: ما يلزم من وجوده العدمُ،ولا يلزم من عدمه وجودٌ ولا عدم لذاته؛ كالحيض بالنّسبة للصّلاة والصّوم، مثلاً؛ فإنّ عدم الحيض لا يلزم منه وجودهما ولا عدمهما؛ لأنّ المرأة الطّاهرة قد تصلّي وتصوم وقد لا تفعل ذلك بخلاف وجود الحيض؛ فإنّه مانع من الصّلاة والصّوم[١].

بالنّظر إلى تعريف كلٍّ من السّبب والشّرط والْمانع، يُعْلَم أنّ بين الشّرط والْمانع علاقة التّلازم؛ لأنّ الْمؤثِّرَ في الْمانع وجودُهُ، وفي الشّرط عدمُهُ؛ فوجود الْمانع يلزم منه انتفاء الشّرط؛ وكذلك العكس؛ كوجود الْحيضِ مانعٌ منَ صحّة العبادة يلزم منه انتفاء الطّهر، وانقضاء الْحيض يلزم منه الطّهر[٢]. ووجود الرّدّة مانعٌ من صحّة العبادة؛ لأنّ الرّدّة تؤثّر في إبطال العبادات، فوجودها يلزم منه انتفاء الإسلام[٣].

ويظهر الفرق بين الشّرط والْمانع أنّ الشّرط لا بدّ من تقدّمه قبل الْحكم، وعدمُهُ يوجب العدمَ في جميع الأحوال التي هو فيها شرطٌ[٤].

وأمّا تأثير وجود الْمانع فهو على أقسامٍ: قسمٌ مانعٌ لابتداء الحكم واستمراره؛ كالرّضاع يمنع ابتداء النّكاح ويقطع استمراره إذا طرأ عليه، وقسمٌ مانعٌ لابتداء الحكم دون استمراره؛ كالإحرام يمنع ابتداء النّكاح ولا يمنع استمراره، وقسمٌ مانعٌ للدّوام دون الابتداء؛كالطّلاق؛ فإنّه مانعٌ

---

(١) انظر: الفروق ٦٢/١، وشرح تنقيح الفصول ص ٧٢، وشرح مختصر الرّوضة ٤٣٦/١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥٢.

(٢) انظر: الفروق ٦٢/١-٦٣، و١١٠-١١١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٨٠/١.

(٤) انظر: الفروق ١١٠/١.

من الدّوام على النّكاح الأوّل، ولا يمنع ابتداء نكاحٍ ثانٍ، وقسمٌ مختلفٌ فيه؛ كَوجدان الْماء مانعٌ من التّيمّم ابتداءً على الصّحيح، فإنْ طرأ الْماءُ بعد الدّخول في الصّلاة أيبطلها أم لا؟ خلافٌ بين الفقهاء[1].

ويتّفق مع السّبب في العدم؛ حيث عدم كلّ منهما يؤثّر في عدم الحكم[2].

من تطبيقات القاعدة:

١- من شروط وجوب كلّ عبادةٍ إسلامٌ، وعقلٌ، وبلوغٌ، فلا تصحّ من غير مسلمٍ، ولا زائل العقل، ومَنِ ارتدّ أو زال عقلُهُ -عياذاً بالله- أثناءَ عبادته، بطلت العبادة[3].

٢- مَن انتقضت طهارته أثناء عبادة تشترط لها الطّهارة تجب عليه الإعادة عمداً كان أو ناسياً؛ لأنّها شرطٌ في صحّة العبادة ابتداءً ودواماً[4].

٣- أنّ العبادات الْمؤقّتة لا يجوز أداؤها قبل أوقاها ولا يجزئ؛ كالصّلاة والصّوم، والْحجّ، والوقوف بعرفة[5].

---

(١) انظر: القاعدة: [٥-٦]، وضابط: [٢٦]، من قواعد هذه الرّسالة.
وانظر: الفروق ١/١١٠.

(٢) انظر: الفروق ١/٦١-٦٣، و١١٠-١١١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٨٠، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٧٧.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١/٣٠١، و٥١٧، والمعونة ١/١٦٥، و١٦٦، و٢٨١، وبداية المجتهد ١/٤٢٧، وعقد الجواهر الثّمينة ١/١٧، و١١٠، و١١١، وشرح القلشانيِ١/٤٤٨، و٨٦٢، والمهذّب ٢/٢٢٢، و٣/١١٣، والمجموع ٣/٩٧، و٤/٦، والمغني ٢/٣٧٥، و٤٦٤، و٤٦٥، و٤٨٠، وشرح منتهى الإرادات ١/١٥٠، والمحلّى ٢/١٢٩، والإجماع ص ٣.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ١/٣١٥، و٢/٤٥٣، والمعونة ١/١٩٥، وعقد الجواهر الثّمينة ١/٧٩، وشرح القلشانيِ ٢/٦١٨،والمغنِي ٢/٨، و٤٥، و٣٨٩،وشرح منتهى =

٤-أنّ استقبال القبلة شرطٌ من شروط صحّة الصّلاة؛ فمت تركه أثناء صلاته عمداً من غير عذرٍ بطلت صلاته وعليه الإعادة(١).

٥-مَن تعمّد ترك ستر العورة في الصّلاة من غير عذرٍ بطلت عليه(٢).

٦-مَن تعمّد الكلام في صلاته لغير حاجة، أو قَهْقَهَ وهو ذاكرٌ للصّلاة عالمٌ بالتّحريم بطلت صلاته، وعليه الإعادة(٣).

٧-مَن أكل أو شرب عامداً في صلاته بطلت ولزمته الإعادة(٤).

٨-أنّ الْجماعة شرطٌ لانعقاد خطبة الجمعة وصحّتها؛ فيشترط استمرارها ودوامها طوال الخطبة؛ لأنّها شرطٌ للانعقاد والدّوام(٥).

=

الإرادات ١/٢٧٨، والإجماع ص٧.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/٣٠٨، والمعونة ١/٢١٢، وبداية المجتهد ١/٤٢٧، وعقد الجواهر الثّمينة ١/٩٣-٩٤، و٩٥، وشرح القلشاني ١/٤٤٩، و٨٥٩، ٩٦١، والمهذّب ٣/١٣٤، و١٥١، والمجموع ٣/١٣٥، و١٥١، و٤/٥، والمغني ٢/٩٢، و١٠٠، و٣٨٩، ومنتهى الإرادات ١/٥٠، وشرح منتهى الإرادات ١/٣٤٠، و٤١٩، والمحلّى ٢/٢٢٧-٢٢٨، و٥/٤٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/٣٠٦، و٥٤٧، والمعونة ١/٢٢٨، والرّسالة ص ٨٩، وأحكام ابن العربي ٢/٣٠٩، وعقد الجواهر الثّمينة ١/١١٥-١١٧، والجامع للقرطبي ٧/١٦٩، وشرح القلشاني ١/٤٦٩، و٤٧١، ٤٧٣، ٤٧٥، و٢/٧٩٨، والمهذّب ٣/١١٩، والمجموع ٣/١٢٠، والمغني ٢/٢٨٣، و٢٨٧، و٣١١، و٣٨٩، ومنتهى الإرادات ١/٤٥، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٩٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١/٥٣٧، و٥٤٥، والمعونة ١/٢٣٩، و٢٧٦، وعقد الجواهر الثّمينة ١/١١٧، وشرح القلشاني ٢/٨٣٢، و٨٥٧-٨٥٨، والمجموع ٤/٨، و١٤، ومختصر الخرقي ٢/٤٤٤، والمغني ٢/٤٤٤، و٤٤٩، ٤٥٠، والإنصاف ٢/١٣٧، والإجماع ص ٨.

(٤) انظر: المهذّب ٤/٤٨، والمجموع ٤/١٩، والمغني ٢ /٤٦٢، وشرح منتهى الإرادات ١/٤٢٢، والإجماع ص٨.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ١/٥٩٧-٥٩٩.

٩-أنّ الجماعة شرطٌ لوجوب وصحّة صلاة الجمعة بالاتّفاق، فيشترط دوامُها من أوّل الصّلاة إلى آخرها؛ كالطّهارة وستر العورة، واستقبال القبلة[1].

١٠-أنّ حولان الحول على كمال النّصاب من أوّله إلى آخر شرطٌ لوجوب الزّكاة؛ فإذا نقص في أثنائه نقصاً كثيراً متفحّشاً لم تجب الزّكاة[2].

١١-أنّ الإمساك عن جميع المفطرات: الجماع، والأكل، والشّرب وما جرى مجراها من طلوع الفجر إلى غروب الشّمس شرطٌ لصحّة الصّيام؛ فمتَى اختل منها شيءٌ نهاراً عمداً فسد الصّيام[3].

١٢-أنّ ترك مباشرة النّساء شرطٌ من شروط صحّة الاعتكاف، فمتَى وجدت فسد الاعتكاف بلا خلاف[4].

١٣-أنّ الطّهارة من الحيض والنّفاس شرطٌ لصحّة أداء الصّيام كغيره من العبادات: الصّلاة على الجنازة، والاعتكاف ونحوها؛ فيشترط دوامهاطول شهر رمضان؛ فمتَى حاضت المرأة أو نفست انقطع صومها؛ فلا يجوز منها الصّيام و لا يصحّ[5].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/٥٩٨-٥٩٩ ،وبداية المجتهد ١/٣٨٣-٣٨٥، والمهذّب ١/٣٥٩، وزاد المستقنع ص ٣٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٨٨، و٩٩، والتّلقين ص ١٤٩، وبداية المجتهد ٢/٧٨، و٨٤، و١٠٩-١١٢، والمهذّب ١/٤٦٥، و٤٦٩، و٥٠٧، وزاد المستقنع ص ٤٤، والإجماع ص ١٣.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٦٢، وبدائع الصّنائع٢/٢١٣، والمهذّب١/٥٨٥، وزاد المستقنع ص ٥٢.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢٠٧-٢٠٨، وزاد المستقنع ص ٥٤، والإجماع ص ١٦.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٢٥، و٢٧٤، و٤٦٦، وبداية المجتهد ٢/٤٩، و٢٠٧، و٢٦٥، والمهذّب ١/٤٣٤، و٥٧٠، و٦١٥، وزاد المستقنع ص ٥١، و٥٤.

المبحث الثّالث: القاعدة الخامسة عشرة [١٥]

[ليس كلُّ شيءٍ مَنَعَهُ الحيضُ فالطَّهَارةُ شرطٌ في فِعْلِهِ إذا ارْتَفَعَ الحَيضِ؛ كالصّوم]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في مسألة اشتراط الوضوء في الطّواف دليلاً لما ذهب إليه الحنفية من عدم اشتراط الوضوء؛ حيث قال: وحجّة أبي حنيفة أنّه: «**ليس كلُّ شيءٍ منعه الحيضُ فالطَّهَارةُ شرطٌ في فعله إذا ارتفع الحيض؛ كالصّوم**»[1].

توثيق القاعدة:

لم أقف بعد البحث على مَن ذكر هذه القاعدة بنصّها،إلاّ أنّ مفادها موجودٌ في ثنايا بعض كتب الفقه، كما في الحاوي الكبير حيث يقول:

«فصل: فإذا ثبت ما ذكرناه من هذه الأحكام التّسعة في تعلّقها بالحيض، فإن كان دم حيضها باقياً فالأحكام بحالها والتّحريم ثابت. وإن انقطع دمها واغتسلت حلّ جميع ذلك لها لارتفاع حيضها، وعودها إلى حال الطّهر.

فأمّا بعد انقطاع دمها وقبل الغسل فتنقسم هذه التّسعة ثلاثة أقسام:

قسم: يجوز لها فعله قبل الغسل؛ وهو: الصّوم وحده؛ لأنّ الصّوم لا يفتقر إلى طهارة فجاز لها الدّخول فيه قبلها.

والقسم الثّاني: ما لا يجوز لها فعله قبل الغسل وهو الصّلاة، والطّواف، ومسّ المصحف، وقراءة القرآن...» الخ[2].

---

(١) بداية المجتهد ١/١١٩.

(٢) الحاوي الكبير ١/٣٨٧.

وقال في المجموع: «فإذا طهرت من الحيض ارتفع من هذه الأمور المحرَّمة: تحريم الصّوم، والطّلاق، والظّهار، وارتفع أيضاً تحريم العبور في المسجد على الأصحّ... ولا يرتفع ما حرّم للحدث؛ كالصّلاة، والطّواف، والسّجود، والقراءة، والاعتكاف، ومسّ المصحف، والمكث في المسجد، ولا يرتفع أيضاً تحريم الجماع، والمباشرة بين السّرة والرّكبة، فإن لم تجد الماء فتيمّمت استباحت جميع ذلك؛ لأنّ التّيمّم كالغسل»[1].

شرح مفردات القاعدة:

الحيض لغة: قال في مشارق الأنوال: «أصل الحيض من قول العرب: (حاضت السّمرة[2]) إذا خرج منها ماء أحمر. فكأنّه من الحمرة. وقيل: الحيض والمحيض اجتماع الدّم هناك. ومنه سُمِّيَ الحوض لاجتماع الماء فيه»[3].

وشرعاً: عُرِّفَ بأنّه: دمٌ يلقيه رحم معتاد حملُها دون ولادة[4].

أو هو: الدّم الخارج بنفسه من فرج الْمُمْكِنِ حملها عادةً غير زائدٍ على خَمْسَةَ عشر يوماً من غير ولادة[5].

والطَّهَارة: مصدر طَهَر -بفتح الهاء أو ضمّها والفتح أفصح- لغة: النّزاهة

---

(١) المجموع للنّووي ٢/٢٧٣.

(٢) السّمرة: هي شجرةٌ يسيل منها شيء كالدّم.
انظر: الصّحاح ٣/١٠٧٤، والمصباح المنير ص ١٠٩.

(٣) مشارق الأنوار للقاضي عياض ١/٢١٧، وانظر: شرح القلشانِي على الرّسالة ١/٣٩٠.

(٤) انظر: شرح القلشانِي ١/٣٩٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٦٧.

(٥) جامع الأمّهات ص ٧٥. وانظر: التّلقين ص ٧٣، والمقدّمات ١/١٢٤، وعقد الجواهر ١/٧٠.

والنّظافة من الأدناس والأوساخ(١).

وشرعاً، هي: صفةٌ حكميةٌ توجب لِموصوفها جواز استباحةالصّلاة به أو فيه أو له(٢).

وقيل: رفع الحدث وإزالة النّجاسة(٣). واختاره الحطّاب –رحمه الله–؛ وقال وهو الأولى؛ لأنّ المراد: تعريف الطّهارة الواجبة المكلَّف بها.

وهو مفاد قول ابن رشد –رحمه الله–: «اتّفق المسلمون على أنّ الطّهارة الشّرعية طهارتان: طهارة من الْحَدَث، وطهارة من الخبث»(٤).

والمراد هنا طهارة الْحَدَث؛ وهو ثلاثة أصناف: وضوء، وغسل، وبدل منهما؛ وهو التّيمّم. قال ابن رشد رحمه الله: «واتّفقوا – أي: المسلمون– على أنّ الطّهارة من الْحَدَث ثلاثة أصناف: وضوء، وغسل، وبدل منهما؛ وهو التّيمّم»(٥).

كالصّوم، أي: مثال الصّوم.

والصّوم لغة: مطلق الإمساك والكفّ عن الفعْل مَطْعَماً كان أو كلاماً أو مَشْياً؛ ولذلك قيل للْفَرَس الْمُمْسكِ عن السَّير أو العَلَف: صائمٌ. وقيل للرِّيح الرّاكدة: صومٌ، ولاستواء النّهار: صومٌ تَصَوُّراً لوقوف الشّمس في كبد السّماء(٦).

---

(١) انظر: المفردات في غريب القرآن ص: ٣١٠، والنّهاية في غريب الحديث ١٤٧/٣، ومختار الصّحاح ص: ٣٩٨، والمصباح المنير ص: ١٤٤، والفواكه الدّواني ١١٨/١.

(٢) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٦١/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٦١/١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٦٤.

(٤) بداية المجتهد ٢٩/١.

(٥) المصدر السّابق نفسه.

(٦) انظر: المفردات ص ٢٩٣، والمقدّمات ٢٣٧/١، وطلبة الطّلبة ص ٩٩، والمصباح =

وشرعاً: عرّفه في المقدّمات بأنّه: إمساكٌ بالنّية عن أشياء مخصوصةٍ في أزمان معلومة على وجوه مخصوصةٍ[1].

المعنَى الإجماليّ للقاعدة:

القاعدة تفيد أنّ موانع الحيض[2] تنقسم بعد النّقاء؛ أي: ارتفاع دم الحيض وقبل الغسل باعتبار اشتراط طهارة الْحَدَث لفعله وعدم اشتراطها إلى قسمين:

١-قسم حرم لأجل الحدث؛ فلا بدّ من الطّهارة بعد ارتفاع الحيض، وهذا القسم تشترط لفعله بعد ارتفاع دم الحيض طهارة الحدث؛ فلا يجوز لها فعله بعد النّقاء وقبل رفع الحدث؛ وهو: فعل الصّلاة، والطّواف بالبيت، ومسّ المصحف، ودخول المسجد، والاعتكاف، والوطء في الفرج على الصّحيح.

٢-وقسم حرم لأجل الحيض نفسه لا للحدث، وهذا لا تشترط لفعله بعد ارتفاع دم الحيض طهارة الحدث؛ فهو وجوب الصّلاة؛ لأنّ فرض الصّلاة قد وجب عليها بانقطاع الدّم وإن لم تغتسل ولا يجوز أن تصلّي إلاّ بعد الغسل، ووجوب الصّوم؛ لأنّ الصّوم لا يفتقر إلى طهارة فجاز لها الدّخول فيه قبلها، والطّلاق، والظّهار والعدّة والعبور في المسجد.

=

المنير ص ١٣٥.

(١) المقدّمات لابن رشد الجدّ ١/٢٣٧، وانظر: التّلقين ١/١٧٣، والمعونة ١/٤٦٥، وشرحي ابن ناجي وزرّوق ١/٢٨٩، وطلبة الطّلبة ص ٩٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٥٠.

(٢) انظر موانع الحيض في: بدائع الصّنائع ١/١٦٣، والتّلقين ١/٧٤، والمعونة ١/١٨٢-١٨٤، والمقدّمات ١/١٣٥، وجامع الأمهات ص ٧٧، والحاوي الكبير ١/٣٨٦-٣٨٩، والمهذّب ١/١٣٣-١٣٧، والمجموع ٢/٢٦٤-٢٧٣، والعمدة لابن قدامة مع شرحه العدّة ١/٤٣-٤٥، ومنتهى الإرادات ١/٣٣، وشرح منتهى الإرادات ١/٢١٩-٢٢٢.

ولا خلاف بين المسلمين أنّه إذا انقطع دمها واغتسلت حلّ جميع ذلك لها لارتفاع حيضها، وعودها إلى حال الطّهر[١].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

اتّفقت المذاهب الفقهية في الجملة على مفاد القاعدة، وإن اختلفوا في تحديد موانع الحيض التي يشترط لفعلها رفع الحدث بعد ارتفاع دم الحيض[٢].

من تطبيقات القاعدة:

١- أنّ المرأة الحائض إذا انقطع دمها لا يجوز لها أداء الصّلاة وما في معناها كسجود التّلاوة وصلاة الجنازة، والطّواف، وقراءة القرآن، وحمل المصحف؛ حتّى ترفع عنها الحدث؛ لأنّ المنع منها للحدث والحدث باق[٣].

٢- أنّه إذا انقطع دمها فلا يطؤها زوجها حتّى تغتسل، إذا كانت قادرة على الاغتسال، وإلاّ تيمّمت على القول الصّحيح القاضي بأنّ الوطء محرّمٌ في المحيض لأجل الحدث[٤].

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) المراجع السّابقة.

(٣) انظر: الاستذكار ٣٩٢/١، والتّمهيد ٣٨٤/١، والمقدّمات ١٣٥/١-١٣٦، وجامع الأمهات ص ٧٥، والمهذّب ١٣٦/١، والمجموع ٢٦٥/٢، و٢٧٢ فما بعدها، ومجموع الفتاوى٢٧٠/٢١، و٦٢٤-٦٢٥.

(٤) وعلى القول القاضي بأنّ الوطء حرم في المحيض لأجل الأذى؛ فإنّه يجوز له وطؤها؛ لأنّ العلّة التي هي الأذى، قد زالت وارتفعت بارتفاع الدّم، فترتفع الحرمة ضرورةً، والله تعالى أعلم بالصّواب.

انظر: جامع الأمهات ص ٧٧، ومواهب الجليل ٥٥٠/١-٥٥٢ والمجموع ٢٦٩/٢، و٢٧٣، ومنتهى الإرادات مع شرحه ٢٢١/١، والمغني ٣٨٦/١، =

٣-لو طهرت زوجة رجلٍ أو أمته المجنونة من الحيض حرمت عليه حتّى يغسلها على أنّ الوطء حرم لأجل الحدث؛ فإذا صبّ الماء عليها ونوى غسلها من الحيض حلّت[1].

٤-أنّه ثبت وجوب الصّلاة بارتفاع دم الحيض؛ لأنّ فرض الصّلاة قد وجب عليها بانقطاع الدّم وإن لم تغتسل، ولا يجوز أن تصلّي إلاّ بعد الغسل[2].

٥-أنّه يجوز لها فعل الصّوم قبل الغسل؛ لأنّ الصّوم لا يفتقر إلى طهارة فجاز لها الدّخول فيه قبلها[3].

٦-أنّه يباح الطّلاق والظّهار قبل غسلٍ،وبعد انقطاع دم الحيض؛ لأنّ تحريمه لتطويل العِدَّة، وقد زال ذلك[4].

٧-أنّه يباح لها بعد انقطاع الدّم وقبل الغسل لبثٌ بِمسجدٍ بوضوءٍ[5].

=

و٤١٩، ومجموع الفتاوى ٢١/٦٢٥، ٦٢٦.

(١) انظر: المجموع ٢/٢٧٥.

(٢) المراجع السّابقة عند ذكر المعنَى الإجمالي للقاعدة.

(٣) انظر: التّمهيد ١/٣٨٤، والحاوي الكبير ١/٣٨٦، والمهذّب ١/١٣٦، والمجموع ٢/٢٧٢، ومنتهى الإرادات مع شرحه ١/٢٢٣.

(٤) انظر: ومنتهى الإرادات مع شرحه ١/٢٢٣،

(٥) انظر: المجموع ٢/٢٦٩، ومنتهى الإرادات مع شرحه ١/٢٢٣.

المبحث الرّابع: القاعدةُ السّادسةَ عشرةَ [١٦]

[مَنِ الْتَزَمَ عبادةً في وقت نَظِيرتِها؛ انْقَلَبَتْ إلى النَّظِيرِ]

ذكرها ابن رشد في مسألة: مَنْ أحرم بالْحجّ قبل أشهر الْحجّ دليلٌ لمذهب الإمام الشّافعي؛ حيث قال:

«وإنْ أحرم بالْحجّ قبل أشهر الْحج؛ كرِهَه مالك، ولكن صحّ إحرامه عنده[١]. وقال غيره: لا يصحّ إحرامه. وقال الشّافعي[٢]: ينعقد إحرامه إحرام عمرة. فَمَنْ شبّهه بوقت الصّلاة قال: لا يقع قبل الوقت. ومَنِ اعتمد عموم قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾[٣]، قال: مَتَى أحرم انعقد إحرامه؛ لأنّه مأمور بالإتْمام، وربّما شبّهوا الْحجّ في هذا الْمعنَى بالعمرة، وشبّهوا ميقات الزّمان بميقات العمرة.

فأمّا مذهب الشّافعي؛ فهو مبنِيّ على أنّ **مَنِ الْتَزَم عبادةً في وقت نظيرتها؛ انقلبت إلى النّظير**؛ مثل أن يصوم نذراً في أيّام رمضان. وهــذا الأصل فيه اختلاف في المذهب»[٤].

توثيق القاعدة:

لم أقف بعد البحث على مَنْ ذكر القاعدة بصيغتها المذكورة، ولكن

---

(١) وهو قول الحنفية والحنابلة. انظر: أحكام الجصــاص ٣١٦/١-٣١٧ ، و٣٧٤-٣٨٢، والتّلقين ص ٢٠٦، وأحكام ابن العربي ١٤١/١-١٤٢، و١٨٨، وتفسير القرطبي٣٤١/٢،و٤٠٢، ومختصر الخرقي ٧٤/٥، والمغني ٧٤/٥-٧٦.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٩٣-٩٤، والمهذّب ٦٤٧/١، والمجموع ٨٤/٧، و٨٥، و٨٦-٨٧.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٦.

(٤) بداية المجتهد ٢٣٢/٢.

ورد مفادها في بعض كتب الفقهاء منها:

جاء في بدائع الصّنائع: ((إذا كان في الظُّهْرِ فتذكّر أنّه نَسِيَ الفجرَ ينقلب ظهره تطوّعاً))[١].

وفيه أيضاً: فائتُ الحجّ يتحلّل من الطّواف بإحرام العمرة، وينقلب إحرامه إحرام عمرة[٢].

ما جاء في تخريج الفروع على الأصول: ((وقال أبو حنيفة: لا تَجب - الصّلاة- إلاّ في آخر الوقت، والأداء فيه يقع تعجيلاً أو نفلاً ثم ينقلب فرضاً))[٣].

ما جاء في المهذّب: ((فإنْ أحْرَمَ بالنّفل وعليه فرضه انعقد إحرامه عن الفرض، وإنْ أحْرَمَ من النّذر وعليه فرض الإسلام انعقد إحرامه عن فرض الإسلام؛ قياساً عَلَى مَنْ أحْرَمَ عن غيره وعليه فرضه. فإنْ أَمَرَ المعضوب[٤] مَنْ يَحُجُّ عنه عن النّذر وعليه حِجَّة الإسلام فأحْرَمَ عنه انصرف إلى حِجَّة الإسلام؛ لأنّه نائبٌ عنه، ولو أَحْرَمَ هو عن النّذر انصرف إلى حِجَّة الإسلام))[٥].

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ١/٣٦٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٦٧-٤٦٨.

(٣) تخريج الفروع على الأصول للزّنْجاني ١/٩٢.

(٤) المعضوب من العضب، وهو لغةً: القطع. كأنّه قطع عن الحركة والتّصرّف. ويقال له: المعصوب؛ كأنّه قطع عصبه أو ضرب عصبه.
وفي عرف الفقهاء: الضّعيف الهرم الذي لا يقدر على النّهوض، أو الذي أَهَدَّهَ المرض وأقعده عن الحركة.
انظر: المصباح المنير ص ١٥٧، والتّلقين ص ٢٠٢، والتّمهيد ٨/٢٥٥، والمجموع ٧/٥٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤١١.

(٥) المهذّب للشّيرازي ١/٦٤٥.وانظر:المجموع٧/٦٧-٦٨،وفتح الباري١٢/٣٤٢.

وفيه أيضاً: ((لا يجوز الإحرام بالْحجّ إلاّ في أشهر الْحجّ....فإنْ أحرم بالْحجّ في غير أشهره انعقد إحرامه بالعمرة؛ لأنّها عبادةٌ مؤقّتةٌ، فإذا عقدها في غير وقتها انعقد غيرها من جنسها؛ كصلاة الظّهر إذا أحرم بها قبل الزّوال؛ فإنّه ينعقد إحرامه بالنّفل))(١).

ما جاء في المجموع: ((ومِن أصحابنا مَن قال: ينعقد الإحرام عن الغير، ثم ينقلب عن نفسه))(٢).

ما جاء في المغني: ((فصل: وإذا صلّى الإمام الْجمعة قبل الزَوال؛ فأدرك الْمأمومُ معه دُونَ الرّكعة، لم يكن له الدُّخول معه؛ لأنَّها في حقّه ظُهْرٌ، فلا يجوز قبل الزّوال كغير يوم الجمعة؛ فإن دخل معه كانت نفلاً في حقّه ولم تُجزِئْهُ عن الظُّهْرِ لعدم دخول وقته، ولو أدرك منها ركعةً ثم زُحِمَ عن سجودها، وقلنا تصير ظُهْراً؛ فإنّها تَنْقَلِبُ نَفْلاً؛ لئلاّ تكون ظُهْراً قبل وقتها))(٣).

ما جاء في الكافي: ((فإنْ أَحْرَمَ عن غيره، أو نذره، أو نفله قبل فرضه انقلب إحرامه لنفسه عن فرضه))(٤).

ما جاء في الإنصاف: ((فإن أَحْرَمَ بفرضٍ فَبَانَ قبل وقته انقلب نفلاً، هذا المذهب وعليه الأصحاب لبقاء أصل النّيّة))(٥).

ما جاء في منتهى الإرادات: ((ولا يصحُّ مِمَّن لم يَحُجَّ عن نفسه حَجٌّ

---

(١) المهذّب للشّيرازيّ ١/٦٤٦-٦٤٧.

(٢) المجموع للنّووي ٦٨/٧. وانظر: ١٦٨/٨، وفتح الباري ٣٤٣/١٢.

(٣) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٩٠/٣، و١٩١، وانظر: ١٣٩.

(٤) الكافي لموفّق الدّين ابن قدامة ٣٨٧/١.

(٥) الإنصاف للمرداوي ٢٦/٢.

عن غيره، ولا نذره، ولا نافلته؛ فإنْ فعل انْصَرَفَ إلى حجَّة الإسلام.

ولو أَحْرَمَ بنذْرٍ أو نفلٍ مَنْ عليه حَجَّةُ الإسلام وقع عنها، والنّائب كالمنوب عنه»[١].

وفيه -أيضاً-: «مَن طلعَ عليه فَجْرُ يومِ النّحرِ، ولم يَقِفْ بعرفةَ؛ لعذر حصرٍ أو غيره، أو لا عُذْرَ فاته الْحجّ وانقلب إحرامه إن لم يَختَر البقاءَ عليه لَيَحُجَّ مِنْ قابلٍ عُمرةً»[٢].

شرح مفردات القاعدة:

التزم: مِنْ: لزم، وهو لغة: ثَبَتَ وَوَجَبَ. يقال: لَزِمَ الشَّيءُ يلزَم لزوماً؛ أي: ثبت ووجب. ويتعدّى بالْهمزة فيقال: أَلْزَمتهُ، أي: أثبتّه. ولزم المالُ، أي: وجب عليه. ولزمه الطّلاق، أي: وجب حُكْمُه، وهو قطع الزّوجية[٣].

التزم عبادةً، أي: تلبس بعبادة، وألزم نفسه بالشّروع فيها بالنّيّة؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ﴾[٤].

نظيرها: أي: مثلها المساوي لها. هذا نظير هذا، أي: مساويه[٥].

والمراد بنظيرها: أي: العبادة الْمُمَاثِلة الْمساوية لها، الْمتّحدة الْجنس.

---

(١) منتهى الإرادات لابن نجار الفتّوحي ١/١٧٧. وانظر: ١٧٣.

(٢) منتهى الإرادات لابن نجار الفتوحي ١/٢١٠.
وانظر: شرح منتهى الإرادات ١/٢٩٣، و٣٦١، و٥٤١.

(٣) انظر: مختار الصّحاح ص ٥٩٧، والمصباح المنير ص ٢١١.

(٤) سورة البقرة، من الآية: ١٩٧. وانظر: أحكام ابن العربي ١/١٨٨، وتفسير القرطبي ٢/٤٠٢، والمجموع ٧/٨٣.

(٥) انظر: المصباح المنير ص ٣٣٤.

انقلبت إلى النّظير: أي: تحوّلت[١] إلى النّظير الْمُمَاثِل المساوي له.

معنَى القاعدة الإجمالي:

تفيد القاعدة أنّ مَنْ أَنْشأ عبادةً ما بعقد النّيّة عليها؛ في وقت عبادةٍ أخرى؛ فإنّ العبادة الْمنشأة تنقلب للعبادة ذات الوقت ولو لم ينوها؛ وذلك إمّا بسبب عدم دخول وقت العبادة المنشأة؛ كما لو أحرم بالظّهر قبل زوال الشّمس، أو لكون العبادة صاحبة الوقت ذات وقتٍ مضيَّق لا يسع معها غَيْرَها من جنسها كَشَهْرِ رمضان. وتُراعَى فيها أمورٌ منها[٢]:

١-أن تكون العبادةُ الْمنشأةُ عبادةً مؤقّتةً، ينشؤها في غير وقتها.

٢-أن يكون وقت العبادة الثّانية الغير المنوية مضيَّقاً؛ لا يسع غيرها من جنسها.

٣-أن تكون من العبادات التي لا يشترط فيها تعيين النّيّة، أو يكتفَى فيها بالتّعيين جملةً دون تفصيلٍ.

٤-أن تكون العبادتان متّحدَتَيِ الْجنس.

فمَتَى لم تكنِ العبادة في شيء من هذه الأمور لم تنطبق عليها القاعدة.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لم تتّفق المذاهب الفقهية على هذه القاعدة، بل لهم فيها مذهبان:

مذهب الجمهور: الحنفية والشّافعية والحنابلة الأخذ بها في الجملة[٣].

---

(١) انظر: المصباح المنير ص ١٩٥.

(٢) انظر: التّلقين ص ١٨٢، وشرح القلشاني ص ١٤٥، والمهذّب ١/٦٤٦-٦٤٧، والمجموع ٦/٢٠٥، والمنثور ٢/٣٦٧-٣٦٨، والإنصاف ٢/٢٦.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٦٨، وأشباه ابن نجيم ص ٣٧، و٤١، والمجموع ٦/٢٠٥، والمنثور ٢/٣٦٠، و٣٧٠، وفتح الباري ٣/٤٩١، وأشباه السّيوطي ص =

ومذهب المالكية ورواية عند الحنابلة عدم انقلاب العبادة عمّا نواه المكلّف(١).

أدلّة القاعدة:

يُستَدَلُّ للقاعدة بحديث عبدالله بن عبّاس -رضي الله عنهما- أنّ رسول الله ﷺ سمع رجلاً يقول: لَبَّيكَ عن شُبْرُمَة. فقال: ((مَنْ شُبْرُمَة؟)). فذكر أخاً له، أو قرابة. فقال: ((أَحَجَجْتَ قَطُّ؟)). قال: لا. قال: ((فاجْعَلْ هذه عَنْكَ، ثم حُجَّ عن شُبْرُمَة))(٢).

=

٥٣، و٥٧، ومختصر الخرقي ٤٢/٥، والمغني ١٣٩/٣، و١٩٠-١٩١، و٤٢/٥-٤٣، وتقرير القواعد ص ٦٩، والإنصاف ٢٦/٢، و٦٢/٤-٦٣، وشرح منتهى الإرادات ٥٨٨/٢، ونيل الأرب مع تقرير القواعد ص ٦٩، هامش (٢، ٣).

(١) انظر: التّلقين ص ١٨١-١٨٢، و٢٠٣-٢٠٤، و٢٠٦، والذّخيرة ١٨١/٣، و٢٢٢، و٣٦٣، وشرح القلشاني ص ١٤٥، والمغني ٤٢/٥-٤٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٤٠٣/٢، كتاب الحجّ، باب الرّجل يحجّ مع غيره، برقم: (١٨١١)، وابن ماجه في سننه ٩٦٩/٢، كتاب الحج، باب الحجّ عن الميّت، برقم: (٢٩٠٣)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٣٣٦/٤-٣٣٧، برقم: (٨٤٥٨، و٨٤٥٩، و٨٤٦٢-٨٤٦٤)، واللّفظ له برقم: (٨٤٥٨)، والدّارقطني في سننه ٢٦٧/٢-٢٧٠، برقم: (١٤٢، ١٤٥، ١٤٨-١٤٩، ١٥٧، ١٦١-١٦٢)، وابن حبان في صحيحه ٢٩٩/٩، برقم: (٣٩٨٨)، وابن خزيمة في صحيحه ٣٤٥/٤، برقم: (٣٠٣٩).

والحديث صحيح. قال البيهقي ٣٣٦/٤، بعد الحديث رقم: (٨٤٥٨): ((إسناده صحيح، ليس في هذا الباب أصحّ منه)). وقال النّووي في المجموع ٦٧/٧: ((إسناده على شرط مسلم)).

وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (١٥٩٦)، وصحيح ابن ماجه برقم: (٢٣٤٧)، وإرواء الغليل برقم: (٩٩٤)، والجامع الصّغير برقم: (٥٤٣٩)، ومشكاة المصابيح برقم: (٢٥٢٩).

وانظر: معالم السّنن ٤٠٣/٢، والتّلخيص الحبير ٢٢٣/٢-٢٢٤، برقم:(٩٥٨)،

=

وجه الدّلالة: أنّ النّبيّ ﷺ أَمَرَهُ أنّ يجعل العبادة -وهي الْحجّ- التي التَزَم بها الْمُلَبّي ونواها عن شُبْرُمَةَ، أَمَرَهُ أن يجعلها ويقلبها لنفسه،ثم يحج عن شُبْرُمَة في القابل، وهذا يوجب أن يكون إحرامه عن شُبْرُمَة قد انقلب عن فرضه بنفسه[١].

العبادات التي تنطبق عليها القاعدة:

تقدّم الأمور الأربعة التي يُراعَى تَوَفُّرُها أو بَعْضُها في العبادة لكي تندرج تحت هذه القاعدة. وذلك أنّ القاعدة تتعلّق بمسألتين؛ الأولى: تقسيم العبادة بحسب الوقت، والثّانية: تعيين النّية في العبادة.

أمّا المسألة الأولى -وهي تقسيم العبادة بحسب الوقت- فإنّ العبادة تنقسم باعتبار وقتها إلى: مُضَيَّقٍ وموسَّعٍ[٢].

فالعبادة الموسّعة هي التي وقتها المحدَّد لها شرعاً يسعها ويسع معها غيرها من جنسها؛ كأوقات الصّلوات، والوتر، وركعتَي الفجر، والعيدين والضّحَى. وهذا النّوع لا يدخل تحت القاعدة؛ لأنّه قد يلتزم بصلاةٍ مثلاً بعد زوال الشّمس وينويها نافلةً؛ لأنّ الوقت يسعها ويسع الظّهر.

أمّا العبادةُ الْمُضَيَّقَةُ فهي التي وقتها المحدَّدُ لها شرعاً بقدرها ويسعُ فعلَها فقط؛ بحيث لا يسع معها غيرها من جنسها؛ كوقت صيام رمضان بالنّسبة للمقيم الصّحيح؛ فإنّ الصّوم يستغرق ما بين طلوع الفجر إلى

=

وإرواء الغليل ٤/١٧١-١٧٣، برقم: (٩٩٤).

(١) انظر: معالم السّنن ٢/٤٠٣.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣١، وتخريج الفروع على الأصول ١/٩٠، والقواعد الصُّغرى ص ٩٢، وأشباه السّيوطي ص ٦٠، ومذكّرة أصول الفقه ص ١٤، ونثر الورود ص ٦٦، وتسهيل الوصول إلى فهم علم الأصول ص ٩.

غروب الشّمس فلا يمكن صيام نفلٍ معه.

وكذا آخر الوقت إذا لم يبقَ إلاّ ما تؤدَّى فيه الفريضةُ؛ كقُبَيْلِ طلوع الشّمس بالنّسبة إلى الصّبح، أو قُبَيْلِ غروبها بالنّسبة إلى العصر. وهذا النّوع هو الذي يُتصوَّر بَحثُ القاعدة تحته.

المسألة الثّانية: تعيين النّيّة:

أصل تشريع النّيّة لتمييز العبادة عن العادة، وتمييز رُتَب العبادات، فلما كان الوقت يحتمل أنواعَ بعض العبادة من جنسها؛ كالصّلاة مثلاً، فلو نواها مطلقاً لم تكن صلاةٌ أولَى بالانعقاد من صلاةٍ؛ فلا بدَّ من تعيين النّيّة فيه لعقد ما يبغيه الْمصلّي من ضروب العبادات.

أمّا العبادات الْمضيّقُ وَقْتُهَا؛ فإنّ تعين النّيّة فيها ليس بشرطٍ؛ كالصّوم.

ومِمّا لا يجب فيه التّعيين: الكفّارة، والإمامة في الصّلاة، والزّكاة، وصلاة الجنازة لا يجب تعيين الميّت،والأحداث لا يجب تعيينها في الرّفع[1].

بل يكفي مطلق نية العبادة ولابدّ؛ لأهميّة النّيّة في العبادات؛ إذ هي سرّها؛ فهي إمّا شرطٌ من شروط العبادة، أو ركنٌ من أركانها[2]، وهذه أيضاً تجري على القاعدة.

من تطبيقات القاعدة:

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٢١، و٢٩، و٣٢، والمهذّب ٥٨٣/١، و٦٤٧، والمنثور ٣٥٩/٢-٣٦٠، وأشباه السّيوطي ص ٤٦، و٥٠-٥٦-٦٠، و٨١، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٨/١.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٥٢، والتّلقين ص ٩٤، و١٨٢، وشرح القلشاني ص ١٤٥، و٤٨٥، و٤٩٨، و٥٣٥-٥٣٩، وأشباه السّيوطي ص ١٠٢.

١-أنّه إذا تطهّر إنسانٌ بعد دخول صلاةٍ ما بنية التّطوّع؛ فإنّه يجزئه للصلاة المفروضة؛ لكونها تقع على صفةٍ واحدة، وإذا وقعت طهارةٌ جاز أن يؤدِّي بها ما شاء؛ لأنّ الشّروط يراعَى وجودها لا غير. وكذا لو نوى رفعَ حدث النّوم مثلاً، وكان عليه غيره، أو نوى رفعَ جنابة الْجماع وجنابته باحتلامٍ، أو عكسه، أو نوى رفعَ حدث الحيض وحدثها الْجنابة أو عكسه انقلب للذي عليه(١).

٢-أنّه لو أذن لصلاةٍ ما بعد دخول وقتها، ذاهلاً عن تعيين الصّلاة انقلب الأذان للصّلاة الّتِي حضر وقتها؛ لأنّ المقصود الإعلام مِمَّن هو أهله وقد حصل(٢).

٣-أنّ مَنْ صلَّى قَدرَ فريضة ما هو في آخر وقتها، ونوَى صلاةً مفروضةً مطلقاً؛ حيث لا يسع الْوقت المتبقّي سوى هذا القدر؛ كما لو لم يبقَ إلاّ قدر ركعتين لطلوع الشّمس بالنّسبة للصّبح، أو لم يبقَ إلاّ قدر ثلاث ركعات بالنّسبة للمغرب؛ ينبغِي أن تنقلب إلى تلك الفريضة التِي هي في آخر وقتها؛ لأنّ النّيّة محلّها القلب؛ وقد قالوا: لو اختلف اللّسان والقلب؛ فالْمعتبر ما في القلب؛ مثاله: مَنْ عليه صلاة الظّهر، ونوَاها بقلبه وسبق لسانه إلى لفظ صلاة العصر أنّه لا يضرّه وتصحّ صلاته ظهراً، ولأنّه في هذه الحالة لا يسعه أن ينشغل بالنّوافل وعليه الفريضة(٣).

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣١، و٣٥، و٣٧، وشرح القلشاني ص ٥٣٧، و٥٣٨، والمجموع ٨٤/٧، والمنثور ٣٥٧/٢، وأشباه السّيوطي ص ٤٧، و٥٣، و٥٤-٥٧.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٢١، و٢٩، وأشباه السّيوطي ص ٤٧، و٥٦.

(٣) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٠، و٤٥-٤٦، وتخريج الفروع على الأصول ٩١/١-٩٣، والتّلقين ص ٨٨-٩١، وشرح القلشاني ص ١٤٥، و٤٨٥، و٥٩٨، و٥٣٥-٥٣٩، والمجموع ٢٠٦/٦-٢٠٧، والمنثور ٣٦٠/٢-٣٦٣، و٣٦٧-
=

٤-مَنْ صلَّى فريضةً بنية الأداء فبان أنّ الوقت قد خرج انقلبت قضاء، وكذا لو صلَّى فريضةً بنية القضاء فبان أنّ الوقت باقٍ صارت أداءً؛ لأنّه لا يشترط تعيين نية الأداء أو القضاء[١].

٥-مَنْ صلَّى صلاةً قبل دخول وقتها؛ كما لو صلّى الظّهر قبل زوال الشّمس جاهلاً؛ فإنّه تنقلب نفلاً[٢].

٦-أنّ مَنْ أدرك الإمام في صلاة الجمعة بعد رفعه من الرّكوع في الرّكعة الثّانية، فإنّ صلاته تنقلب ظهراً ويصلّيها أربعاً؛ إذ يعتبر أنّه التزم بها في وقت الظّهر إذا كان بعد دخول الوقت، وإن كان قبله انقلبت نفلاً[٣].

٧-إذا قرأ الإمام آية سجدة ثم هوى فتابعه المأموم بنية سجود التّلاوة بناءً على ظاهر حال الإمام أنّه يسجدها، ثم لم يسجد الإمام، بل ركع؛ ثم استدرك المأموم الرّكوع، فإنّ هذا الرّكوع يُحسب[٤].

٨-أنّ مَنْ صلَّى صلواتٍ بمطلق النّية، أو بنية النّفل في أوقات السّنن الرّواتب أجزأته وانقلَبت للرّواتب؛ لأنّه لا يُشتَرط تعيين النّية هنا[٥].

=

٣٦٩، وأشباه السّيوطي ص ٤٩، والكافي لابن قدامة ٣٨٧/١، وتسهيل الوصول إلى فهم علم الأصول ص ٩.

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٢، و٣٤، و٣٨، والمهذّب ٦٤٧/١، والمجموع ٨٥/٧، والمنثور ٣٥٩/٢، والمغني ١٩٠/٣، والإنصاف ٢٦/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٩/١.

(٢) انظر:المجموع ٧٨/٤،وفتح الباري٤٩١/٣،و٣٤٢/١٢،وأشباه السّيوطي ص٩٣.

(٣) انظر: أشباه ابن نجيم ص٣٥، و٣٨، والتّلقين ص١٣٢، والمجموع ١٧٤/٣-١٧٥، و٢٦٤/٤، و٣١٠، و٣١٢، وأشباه السّيوطي ص ٥٦، والمغني ١٨٩/٣-١٩١.

(٤) انظر: المنثور ٢/ ٣٧١، و٣٧٣.

(٥) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٢، و٣٦، وأشباه السّيوطي ص ٥٠.

٩-أنَّ مَنْ صلَّى ركعتين على أنّها تَهَجُّدٌ لظنّ بقاء اللّيل، فتبيّن له أنّها بعد طلوع الفجر انقلبت إلى سنة ركعتَي الفجر[١].

١٠- أنّه إذاكان الصّائم صحيحاً[٢]مقيماً[٣]؛ فإنّه يصحّ صيامه في شهر رمضان بمطلق النّية، أو بنية الواجب الآخر، أو بنية النّفل، ويقع عن صيام رمضان؛ لأنّ تعيين النّيّة هنا ليس شرطاً؛ إذ التّعيين في الْمُتَعَيَّن لغوٌ. ولأنّ وقتها لا يسع غيره من جنسه[٤].

١١- مَنْ عليه قضاء صوم يوم بعينه من رمضان فصامه بنية يومٍ آخر، صحّ صومه وانقلب إلى اليوم المراد[٥].

١٢- مَنْ صَامَ بمطلق النّيّة أو نيّة النّفل في الأيام البيض، أو الاثنين أو الخميس، أو في ستّة أيامٍ من شوّال انقلب صومه إلى النّظير الحاضر وقته[٦].

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٢-٣٣.

(٢) وكذا المريض على الصّحيح. انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٠.

(٣) أمّا المسافر فإن نوى واجباً آخر وقع عمّا نواه لا عن رمضان. وإن نوى نفلاً وقع عن رمضان على الصّحيح. انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٠.

(٤) خلافاً للمالكية؛ فإنّه لا يجزؤه إن أطلق النّيّة. ولازم قول الشّافعية والحنابلة باشتراط تجديد النّيّة في رمضان لكلّ يومٍ، مع تعيين الفرضية ألاّ ينقلب ولا يجزؤه عن رمضان. ولكن النّووي صحّح الإجزاء.
انظر: أشباه ابن نجيم ص٢٢، و٣٠، و٣٦، والتّلقين ص ١٧٧-١٨٢، وبداية المجتهد ١٥٩/٢، وقواعد المقري ٥٤٧/٢، و٥٥٢-٥٥٤، والمهذّب ٥٨٣/١، والمجموع ٢٠٠/٦-٢٠١، و٢٠٥-٢٠٨، والمنثور ٣٦٠/٢، و٣٦٤، و٣٦٦، وأشباه السّيوطي ص ٥٧، ومنتهى الإرادات ١٥٨/١، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٤/٢-٣٥٥.

(٥) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣١، و٣٤.

(٦) انظر:أشباه ابن نجيم ص٣٣،والمجموع٢٠١/٦،وأشباه السّيوطي ص٥٢،ومذكّرة =

١٣- أنّ مَنْ عليه الزّكاة، فتصدّق بجميع النّصاب بلا نيّة؛ فإنّ الفرض يسقط عنه(١).

١٤- أنّ مَنْ صلّى الرّكعتين بين الطّواف والسّعي، أجزأته عن ركعتَي الطّواف؛ لأنّه لا يشترط تعيين النّية فيهما(٢).

١٥- مَنْ أهلّ بالحجّ تطوّعاً، أو لبّى عن غيره ولم يكن قد أدَّى حجّة الإسلام، صحّ إحرامه وانقلب لِحجّة الإسلام، وكذا في العمرة، والنّائب كالمنوب عنه(٣).

١٦- أنّ مَنْ عليه كفّارة المجامعة في نهار رمضان، أو كفّارة القتل، أو الظّهار، أو اليمين، فأخرج الكفارة بمطلق النّيّة أجزأته وانقلبت إلى التي في الذّمّة(٤).

=

أصول الفقه ص١٤.

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٢٢، و٢٩، و٣٦-٣٧، والمنثور ٢/٣٧٠، وأشباه السّيوطي ص ٥٧.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٢، وأشباه السّيوطي ص ٥١.

(٣) هذا مذهب الشّافعية والحنابلة. وهو الصّحيح؛ لحديث ابن عبّاس رضي الله عنهما المتقدّم ذكره عند ذكر دليل القاعدة، وهو نصٌّ في المسألة. وذهب الحنفية والمالكية إلى أنّه يقع ما نواه.
انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٧، و٤١، والتّلقين ص ٢٠٣-٢٠٤، و٢٠٦، وبداية المجتهد ٢/١٥٩، و٢١٩، والمهذّب ١/٦٤٥، و٦٤٧، والمجموع ٧/٦٧-٦٨، والمنثور ٢/٣٦٠، و٣٧٠، وفتح الباري ٣/٤٩١، وأشباه السّيوطي ص ٥٣، و٥٧، ومختصر الخرقي ٥/٤٢، والمغني ٥/٤٢-٤٤، والكافي لابن قدامة ١/٣٨٧، ومنتهى الإرادات ١/١٧٧، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٢٨-٤٢٩.

(٤) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٢، و٤١، والمجموع ٦/٢٠٠، والمنثور ٢/٣٥٩، و٣٦٨، وفتح الباري ١/٢٥، وأشباه السّيوطي ص ٥٣، و٥٤، و٥٧، و٦٤.

المبحث الخامس: القاعدة السّابعة عشرة [١٧]

[الأصل أنّ المرأةَ في معنَى الرَّجُل في كلّ عبادةٍ إلاّ أن يقوم الدّليل على تخصيصٍ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في عدّة مناسبات هي:

١-في مسألة أذان النِّساء وإقامتهنّ، ذكرها مُبَيِّناً سبب الخلاف مُدَلِّلاً لأحد الأقوال؛ حيث قال: «والجمهور على أنّه ليس على النِّساء أذانٌ ولا إقامةٌ[١]. وقال مالكٌ: إن أَقَمْنَ فَحَسَنٌ[٢].

وقال الشّافعي: إنْ أذَّنَّ وأَقَمْنَ فَحَسَنٌ[٣].

---

(١) يعني: إذا أرادت جماعةُ النّساء صلاةً؛ فليس يَجبُ عليهنَّ أذانٌ ولا إقامةٌ.

(٢) أمّا آذانها فمكروهٌ. انظر: رسالة القيرواني ص ١١٢، والمعونة ٢١٠/١، والقوانين الفقهية ص ٣٧.

(٣) هذه العبارة لم أجدها للشّافعية فيما اطّلعت عليها منْ مصادرهم، وإنّما وجدتها لابن حزم في المحلّى ١٦٩/٢، و١٣٦/٣؛ حيث قال: «ولا أذان على النّساء ولا إقامة؛ فإنْ أَذَنَّ وأَقَمْنَ فَحَسَنٌ».

وأمّا مذهب الشّافعية فهو كمذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والظّاهرية أنّه يُكْرَه للمرأة أن تُؤَذِّنَ، ويسْتَحَبُّ لها أن تُقيمَ؛ لأنّ في الأذان ترفع الصّوتَ فتكون قد ارتكبت معصيةً، وإن خفضت فقد تركت سنةَ الجهر، ولأنّ أذان النّساء لم يكن في السّلف؛ فكان من المحدثات، وفي الإقامة لا ترفع الصّوتَ.

انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٢/١، والهداية ٤٣/١، ورسالة القيرواني ص ١١٢، والمعونة ٢١٠/١، ومختصر المزني ص ٢٤، والمهذّب ١٩٦/١، و٣٠٣، والمجموع ٧٦/٣، والمغني ٣٣/٣، والعدّة ٥٣/١، ومنتهى الإرادات ٤٠/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٢/١، والمحلّى ١٦٩/٢، و١٣٦/٣.

=

وقال: إسحاق[١]: إنّ عليهنّ الأذان والإقامة، وروي عن عائشة أنّها كانت تؤذّن وتقيم[٢]، فيما ذكره ابن[٣] المنذر.

والخلاف آل إلى هل تؤمّ المرأة أو لا تؤمّ؟[٤].

وقيل: **الأصل أنّها -يعنِي: المرأة- في معنَى الرّجل في كلّ عبادةٍ،**

=

وحاصل تَحرير مسألة أذان المرأة وإقامتها كالتّالي:

أوّلاً: لم أقف على خلاف بين أهل العلم في أنّها تقيم لصلاتها، أو لصلاتهنّ إن كُنَّ جماعةً.

ثانياً: أنّ الأذان ليس بواجب عليهنّ ولا الإقامة.

ثالثاً: أذانُهنّ وإقامتهنّ للرّجالِ في المساجد هل يصحّ أم لا يصحّ؟ للعلماء فيه كلامٌ.

(١) هو: أبو يعقوب، إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم بن عبد الله التّميمي الحنظلي المرّوزي، إمامٌ في الحديث والفقه، اشتهر عند المحدِّثين بابن رَاهَوَيْه، من آثاره العلمية: المسائل لإمامَي أهل الحديث والفقه: أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، -وهو الكتاب الذي صنّفه ورواه تلميذه النّجيب إسحاق بن منصور الكوسج (ت: ٢٥١هـ)، وقد طبع بعمادة البحث العلمي، بالجامعة الإسلامية، قسم النّشر-، تُوُفِّي رحمه الله سنة: (٢٣٨هـ). انظر: مقدّمة محقّق كتاب المسائل ص ٤٥-٥٦.

(٢) أخرجه عبد الرّزاق في مصنّفه ١٢٦/٣، برقم: (٥٠١٥، ٥٠١٦)، وابن أبي شيبة في مصنّفه ٢٠٢-٢٠٣، برقم: (٢٣٢٢، ٢٣٢٧)، والحاكم في المستدرك ٣٢٠/١، برقم: (٧٣٠، و٧٣١)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٤٠٨/١، برقم: (١٧٨١)، و١٣١/٣، برقم: (٥١٣٩).

وهو أثرٌ صحيحُ الإسناد، انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٧/١، هامش (٥)، والمحلّى ١٦٨/٢، ونصب الرّاية ٣١/٢.

(٣) هو: الإمام الحافظ العلامة شيخ الإسلام؛ أبو بكر محمّد بن إبراهيم بن المنذر النّيسابوريّ (ت: ٣١٨هـ)، الفقيه نزيل مكة، من مؤلّفاته: الإجماع، والمبسوط، انظر: سير أعلام النبلاء ٤٩٠/١٤.

(٤) سيأتي الكلام عن هذه المسألة في فقرةٍمستقلّةٍ خاصّةٍ بإمامة المرأة قريباً إن شاء الله.

إلاّ أن يقوم الدّليل على تخصيصها»[١].

٢- في توجيه سبب اختلافهم في مسألة مقام الإمام من الجنازة، هل يفرّق بين الرّجل والمرأة؟[٢] دليلاً لأحد الأقوال؛ حيث قال: -بعد أن ذكر الآثار في الباب-:

---

(١) بداية المجتهد ١/٢٧٣.

(٢) للعلماء خلافٌ في موقف الإمام من الجنازة، هل هو مُحدَّدٌ أم لا؟ على مذهبين:
الأوّل: أنّه غير مُحدَّدٍ، وهذا المذهب لَم أقف على مَن قاله ولا على دليلٍ له، إنّما ذكره ابن رشد.
المذهب الثّاني: أنّه مُحَدَّدٌ، وهو مذهب جمهور فقهاء الأمصار، ثم اختلفوا؛ هل يُفرَّق بين موقف الإمام من الرّجال وبين موقفه من النّساء؟ على مذهبين:
المذهب الأوّل: عدم التّفرقة بين الرَّجل والمرأة، فإمّا وسطهما، أو صدرهما.
ومال الإمام البخاري إلى عدم التّفرقة بينهما، وأنّ الوقوف وسطهما، عملاً بحديث سمرة.
وذهب الحنفية في ظاهر الرِّواية وابن القاسم من المالكية إلى أنّه لا يُفَرَّق بينهما، ويقف الإمام دائماً بحذاء صدرهما، وفُسِّرَ بالوسط؛ لأنّ الصّدر وسط البدن.
المذهب الثّاني: التّفرقةَ بينهما في الموقف، وهو مذهب جمهور فقهاء الأمصار، ثم اختلفوا:
وذهب المالكية إلى أنّه يقف الإمام في الرّجل عند وسطه، وفي المرأة عند مَنكبيها.
وذهب الشّافعية والظّاهرية إلى أنّه يقف الإمام عند رأس الرّجل، وعند عَجيزة المرأة، أي: وسطها.
وذهب الحنابلة إلى أنّ الإمام يقف عند صدر الرَّجل ووسط المرأة.
وأرجح المذاهب هو مذهب الشّافعية والظّاهرية القاضي بالتّفرقة بين الرَّجل والمرأة في الموقف، وأنّ السّنة قيام إمامٍ أو منفرد عند رأس الرَّجل، وعند وسط المرأة.
وذلك لثبوت فارق شرعيٍّ، وهو حديثُ سمرة بن جندب الصّحيح الثّابت، وفيه: الوقوف وسط المرأة، وحديث نافع وقيل: رافع؛ أبي غالب، القاضي بأنّ الوقوف حيال رأس الرّجل، وهو حديثٌ صحيحٌ، أخرجه أبو داود في سننه ٣/٥٣٤، كتاب الجنائز، باب أين يقوم الإمام من الميّت إذا صلّى؟ برقم: (٣١٩٤)، والتّرمذيّ في سننه ٣/٣٥٢، كتاب الجنائز، باب أين يقوم الإمام من الرَّجل
=

«فاختلف النّاس في المفهوم من هذه الأفعال، فمنهم مَن رأى أنّ قيامه ﷺ في هذه المواضع المختلفة يدلّ على الإباحة وعلى عدم التّحديد.

ومنهم مَن رأى أنّ قيامه على أحد هذه الأوضاع أنّه شَرْعٌ، وأنّه يدلّ على التّحديد، وهؤلاء انقسموا قسمين:

فمنهم مَن أخذ بحديث[1] سمرة بن جندب للاتّفاق على صحّته؛ فقال: المرأة في ذلك والرّجل سواء؛ لأنّ **الأصل أنّ حكمهما واحدٌ إلاّ أن يثبت في ذلك فارقٌ شرعيٌّ**...»[2].

=

والمرأة؟ برقم: (١٠٣٤)، وابن ماجه في سننه ٤٧٩/١، كتاب الجنائز، باب ما جاء في أين يقوم الإمام إذا صلّى على الجنازة؟ برقم: (١٤٩٤)، وقال التّرمذي: «حديثٌ حسنٌ»، وتبعه النّووي في المجموع ١٣٠/٥.

وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (٢٧٣٥)، وصحيح ابن ماجه برقم: (١٢١٤)، ومشكاة المصابيح برقم: (١٦٧٩).

انظر: مختصر القدوري ص ٤٨، وبدائع الصّنائع ٤٩/١-٥٠، والهداية ٩٢/١، ورسالة القيرواني ص ١٥٤، والقوانين الفقهيّة ص ٩٢، والفواكه الدّواني ٣٠٠/١، والمهذّب ٤٣٤/١، والمجموع ١٣٠/٥، ومختصر الخرقي والمغني ٤٥٢/٣، وشرح منتهى الإرادات ١٠٩/٢، والمحلّى ٣٨٢/٣، ومعالم السّنن ٥٣٥/٣، وعارضة الأحوذي ٢٥١/٤-٢٥٢، وفتح الباري ٢٣٩/٣.

(١) وفيه قال أي: سمرة: «صلّيت خلف النّبيّ ﷺ، وصلّى على أمّ كعبٍ ماتتْ وهي نُفَسَاءُ فقام رسول الله ﷺ للصّلاة عليها وَسَطَها».

أخرجه البخاري في صحيحه ٢٣٩/٣، كتاب الجنائز، باب الصّلاة على النّفساء، وباب أين يقوم مِن المرأة والرّجل؟ برقم: (١٢٩٦، ١٢٩٧)، ومسلم في صحيحه ٦٦٤/٢، كتاب الجنائز، باب أين يقوم الإمام من الميّت؟ برقم: (٩٦٤/٨٧)، واللّفظ له.

(٢) بداية المجتهد ٣٣/٢-٣٤.

٣- في سبب اختلافهم في مسألة وجوب الكفّارة على المرأة إذا طاوعت الزّوجَ على الجماع في نهار رمضان[١] مُدَلِّلاً ومرجِّحاً؛ حيث قال: «وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الأثر للقياس، وذلك أنّه ﷺ لم يأمر المرأة في الحديث[٢] بكفّارة، **والقياس أنّها مثل الرّجل؛ إذ كان كلاهما مُكَلَّفاً**»[٣].

---

(١) إذا طاوعت المرأةُ الرَّجلَ على الجماع في نهار رمضان عمداً، فلا خلافَ في وجوب الكفّارة على الرَّجل، ولكن هل على المرأة أيضاً، للعلماء فيه مذهبان:
الأوّل: عليها الكفّارةُ إن هي طاوعته، وبه قال الحنفية والمالكية والمذهب عند الحنابلة، وقولٌ للشّافعية.
المذهب الثّاني: تَجب الكفّارة على الرَّجل دونها، وهو صحيح مذهب الشّافعية، وروايةٌ عند الحنابلة.
انظر: مختصر القدوري ص٦٣، وبدائع الصّنائع ٢/٢٥٣، والهداية ١/١٢٤، ورسالة القيرواني ص ١٦١، والمعونة١/٤٨٠، والتّمهيد٧/٢٥٥، والاستذكار٧/٢٠١، والمنتقى ٣/٣٨، والمهذّب١/٥٩١-٥٩٢، والمجموع ٦/٢٣٥، والمغني ٤/٣٧٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٧/٤٤٢، و٤٤٨-٤٤٩.
ولعلّ أرجح المذهبين هو القول بوجوب الكفّارة عليها في حالة مطاوعتها له، كما تجب على الرَّجل؛ لأنّ تمكينها كفعل الرَّجل في حدّ الزّنا، ففي الكفّارة أولَى.
ولأنّها هَتكت حرمة رمضان بالجماع؛ فوجبت عليها الكفّارةُ كالرّجل.

(٢) يريد حديث الأعرابي الذي رواه أبو هريرة، وفيه: جاء رجلٌ إلى النّبيّ ﷺ فقال: هلكتُ يا رسول الله، قال: «وما أَهْلَكَكَ؟» قال: وقعت على امرأتي في رمضان. قال: «هل تَجدُ ما تُعْتِقُ به رقَبَةً؟...» الحديث، وهو حديثٌ متَّفَقٌ عليه. أخرجه البخاري في صَحيحه ٤/١٩٣، كتاب الصّوم، باب إذا جامع في رمضان، برقم: (١٨٨٧)، ومسلم في صحيحه ٢/٧٨١، كتاب الصّيام، باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان، برقم: (٨١/١١١١).

(٣) بدية المجتهد ٢/١٨٣.

توثيق القاعدة:

ورد ذكر القاعدة بنصّها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

الحاشية: «النّساء شقائق الرّجال في التّكاليف»[1].

ما جاء في الاستذكار: «القصاص يكون بين النِّساء كما يكون بين الرِّجال، والقصاص أيضاً يكون بين الرّجال والنِّساء...، فنفس المرأة الحرّة بنفس الرّجل الحرّ، وجرحها بجرحه»[2].

وجاء في شرح الزّرقاني: «على المرأة إذا أصابها وهي محرمة مثل ذلك؛ إذ النّساء شقائق الرّجال»[3].

وجاء في نثر الورود: «النّساء شقائق الرّجال في الأحكام إلاّ ما دلّ الدّليل على إخراجه»[4].

وجاء في المجموع: «لا فرق بين الرِّجال والنِّساء في عمل الصّلاة، إلاّ أنّ المرأة يُستَحَبُّ لها أن تضمّ بعضها إلى بعضٍ...، المرأة كالرّجل في أركان الصّلاة وشروطها، وأبعاضها، وأمّا الهيئات المسنونات فهي كالرّجل في معظمها»[5].

وما جاء في فتح الباري: «التّنصيص على الذَّكَر لا مفهوم له، بل

---

(١) حاشية ابن عابدين ١/١٤٥.

(٢) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٧/١٧٠، وانظر: التّمهيد ٢/٣٣٢، و٨/٢٦.

(٣) شرح الزّرقاني ٢/٣٦٣، وانظر أيضاً: التّمهيد لابن عبد البرّ ٢/٣٣٢-٣٣٥، و٨/٢٦، والمنتقى ١/٢٥-٢٠٧، والذّخيرة ٢/١٩٣، والفواكه الدّواني ١/١٠٩، و١٣٧، وشرح الزّرقاني ١/١٥١، و١٥٥، و٤/٣٤٦، والثّمر الدّاني ص ٥٣.

(٤) نثر الورود للشّيخ محمّد الأمين الشّنقيطي ص ٢٦٣.

(٥) المجموع للنّووي ٣/٣٤٣.

فرج المرأة كذلك، وإنّما خُصَّ الذَّكَر بالذِّكْر؛ لكون الرّجال في الغالب هم المخاطبون، والنّساء شقائق الرّجال في الأحكام إلاّ ما خُصَّ»[١].

وجاء فيه أيضاً: «حكم الرّجل والمرأة واحدٌ في الأحكام الشّرعية»[٢].

وجاء فيه أيضاً: «التّنصيص على الحكم في حقّ بعض المكلّفين كافٍ عن ذكره في حقّ الباقين»[٣].

وجاء في المغني: «الأصل أن يثبت في حقّ المرأة مِن أحكام الصّلاة ما يثبت للرِّجال؛ لأنّ الخطاب يَشمُلُهما»[٤].

وجاء في أحكام النّساء: «قلت: قد يشكل هذا على مَنْ لا يعرفه؛ فيقول: الرّجل ذا رأى المرأة خيف عليه أن يفتتن، فما حال المرأة؟

فالجواب: أنّ النِّساء شقائق الرّجال؛ فكما أنّ المرأة تعجب الرّجل؛ فكذلك الرّجل يعجب المرأة وتشتهيه كما يشتهيه، ولهذا تَنْفُرُ من الشّيخ كما يَنْفُرُ الرّجل من العجوز»[٥].

وجاء في الإنصاف: «المرأة كالرجل، والعبد كالحر على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب»[٦].

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٣٠٥/١، وانظر: ٤٦٣/١، و٧٠٠/٦.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٦٩٩/١، وانظر: شرح مسلم ٢١١/٣.

(٣) فتح الباري لابن حجر ٢٠١/٤، وانظر: المجموع ٢٤٩/٧.

(٤) المغني لموفق الدِّين ابن قدامة ٢٥٨/٢.

(٥) أحكام النِّساء لابن الجوزي ص ٥٢.

(٦) الإنصاف للمرداوي٢٦٩/٦،وانظر:١٢٦/٢،و٤٣٨،و٥٢١/٣،و١٢/٨،وقواعد ابن رجب ص٦٦٦.

ما جاء في المحلّى ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾[١]،وهذا مُتَوَجَّهٌ بعمومه إلى الرّجل والمرأة، والحرّ والعبد، والدِّين كلّه واحدٌ، إلاّ حيث جاء النّصّ بالفرق بين المرأة والرّجل، وبين الحرّ والعبد؛ فيُستثنَى حينئذٍ من عموم إجمال الدِّين»[٢].

وفي السّيل الجرّار: «الظّاهر أنّ النّساء كالرّجال؛ لأنّهن شقائق الرّجال، والأمر لهم أمر لَهُنَّ... فإن ورد دليلٌ يصلح لإخراجهن فذاك وإلاّ فهن كالرّجال»[٣].

وفيه أيضاً: «المرأة كالرجل في ذلك غالباً. أقول: النساء شقائق الرجال فما شرعه الله للرجال من هذه الشريعة فالنّساء مثلهم إلا أن يأتي دليلٌ على إخراجهن من ذلك الشّرع العام،كان ذلك مخصِّصاً لَهُنَّ، وسواء كان التخصيص متضمِّناً للتّخفيف، وذلك ما اختصّ وجوبه بالرجال من الأحكام كالجهاد، أو متضمِّناً لتغليظ عليهن كالحجاب»[٤].

شرح مفردات القاعدة:

الدّليل: لغة: الدّالّ والمرشد والكاشف؛ وهو ما يُسْتَدَلُ به[٥].

---

(١) سورة النِّساء، الآية: ٥٨.

(٢) المحلّى لابن حزم ٥٢٨/٨.

(٣) السّيل الجرار للشّوكاني ١٩٧/١-١٩٨، وانظر: ١١٤/١.

(٤) السّيل الجرار ٢٣٠/١-٢٣١، وانظر: ٤٥٧/٢، والمحلّى ٣٠٧/٦.

(٥) انظر: المفردات ص١٧٧، ومختار الصّحاح ص ٢٠٩، والمصباح المنير ص٧٦، والتّعريفات ص١٠٤.

واصطلاحاً: هو: ما يمكن التّوَصّل بصحيح النّظر فيه إلى مطلوبٍ خَبَرِيٍّ[١].

معنَى القاعدة الإجمالي:

تفيد القاعدة أنّ الأمر المتوجَّه للرِّجال مُتَوَجَّهٌ للنِّساء إلاّ ما خُصّ، وبناء على ذلك فكلّ حكمٍ ثبت للرّجال ثبت للنّساء، وأنّ ما ثبت في حقّ الرّجل فمثله في حقّ المرأة؛ لأنّهن شقائق الرّجال؛ فحكم الرّجل والمرأة واحدٌ في الأحكام الشّرعية، إلاّ ما نصّ على تخصيص أحدهما دون الآخر، لحكمة إلهية بالغة[٢].

فقد ظهرت تلك الحكمة في مساواة المرأة للرّجل في بعض الأحكام دون بعض؛ حيث سوّى بين الرّجل والمرأة في العبادات البدنية والحدود، وجعلها على النّصف منه في الدّية والشّهادة والميراث والعقيقة؛ فهذا أيضاً من كمال الشّريعة وحكمتها ولطفها؛ فإنّ مصلحة العبادات البَدَنية ومصلحة العقوبات؛ الرّجالُ والنّساءُ مشتركون فيها، وحاجة أحد الصّنفين إليها كحاجة الصّنف الآخر، فلا يليق التّفريقُ بينهما، نعم فرّقت بينهما في أَلْيَق المواضع بالتّفريق وهو الجمعة والجماعة، فَخَصّ وجوبَها بالرّجال دون النِّساء؛ لأنّهن لَسْنَ من أهل البروز ومخالطة الرّجال، وكذلك فرّقت بينهما في عبادة الجهاد التِي ليس الإناثُ من أهلها، وسَوَّتْ بينهما في وجوب الحجّ؛ لاحتياج النّوعين إلى مصلحته، وفي وجوب الزّكاة والصّيام والطّهارة.

---

(١) انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٦٢، ونثر الورود ص ٧٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٧.

(٢) انظر: البحر الرّائق ١/٤٥، والعدّة شرح العمدة ١/١٦٦، وفتح الباري ٣/٢٣٩.

قال في تيسير الكريم الرّحمن: «فتفضيل الرّجال على النِّساء من وجوهٍ متعدّدة: من كون الولايات مختصّة بالرّجال، والنّبوّة، والرّسالة، واختصاصهم بكثيرٍ من العبادات؛ كالجهاد والأعياد والْجُمَع»[١].

وأمّا الشّهادة؛ فإنّما جُعلَتِ المرأة فيها على النّصف من الرّجل؛ لحكمة أشار إليها العزيزُ الحكيمُ في كتابه بقوله: ﴿**وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ**﴾[٢]؛ حيث نصّ الله تعالى على رَفْضِ الكفّار والصّبيان والنّساء؛ لقلّة ضبطهِنَّ، إلاّ في حالةٍ لم يأتِ فيها الطّالب برَجُلَين فليأت برَجُلٍ وامرأتين تقومان مقامَ رجلٍ؛ فكان من أحسن الأمور وألصقها بالعقول أن ضُمَّ إليها في قبول الشّهادة نَظيْرَتُها لتُذَكِّرَها إذا نسيت؛ فجعل تعالى شهادة امرأتين مع رجلٍ جائزةً مع وجود الرّجلين، وأجيزت في الأموال خاصّة في قول الجمهور؛ وذلك لأنّ الأموال كثّر الله أسباب تَوثيقها لكثرة جهات تحصيلها وعموم البَلْوى بها وتكرُّرها؛ وأدخل في جميع ذلك شهادة النّساء مع الرّجال؛ لما يقع من العلم وغلبة الظّنّ بشهادتهما مثل ما يقع بشهادة الرّجل الواحد، وأجاز العلماء شهادَتَهُنَّ منفردات فيما لا يطّلع عليه غيرُهُنَّ للضّرورة؛ لأنّ في رفض شهادتِهنّ بالكلّيّة إضاعةً لكثيرٍ من الحقوق وتعطيلاً لها[٣].

---

(١) تيسير الكريم الرّحمن للشّيخ السّعدي ص ١٧٧.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٣/ ٣٧٠-٣٧٣، والطّرق الحكمية ص٩٩، و١٥٦، و١٦٧، وأعلام الموقّعين ص٤٠٦.

وأمّا في الدِّية؛ فلما كانت المرأةُ أنقصَ من الرّجل، والرّجلُ يسدّ ما لا تسدّه المرأةُ من المناصب الدِّينية والولايات وحفظ الثّغور والجهاد وعمارة الأرض، وعمل الصّنائع التي لا تتمّ مصالح العالم إلاّ بها، والذّبّ عن الدُّنيا والدِّين، قال تعالى على لسان مريم عليها السّلام: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَىٰ﴾[1]؛ لم تكن قيمتهما مع ذلك كلّه مُتساويةً وهي الدِّية؛ فإنّ دِيَةَ الحرّ جاريةٌ مجرى قيمة العبد وغيره من الأموال، فاقتضت حكمة الشّارع أن جعل قيمتها على النّصف من قيمته لتفاوت ما بينهما[2].

وأمّا الميراث؛ فحكمة التّفضيل فيه ظاهرةٌ؛ فإنّ الذّكَر أَحْوَجُ إلى المال من الأنثى من حيث التّكاليف المالية شرعاً؛ لأنّ الرّجالَ قوّامُون على النّساء كما أخبر الباري تعالى ذكرُهُ بقوله: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[3].

قال في الجامع لأحكام القرآن: «أي: يقومون بالنّفقة عليهن، والذّبّ عنهنّ، وأيضاً فإنّ فيهم الحكّام والأمراء ومَنْ يغزو، وليس ذلك في النّساء»[4].

وقال في موضعٍ آخر: «تعليل ذلك بالفضيلة والنّفقة والعقل والقوّة في أمر الجهاد والميراث والأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر»[5].

لذا كان العدل كامناً في قول الله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ٣٦.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٦٩/٤، وأعلام الموقّعين ص ٤٠٦.

(٣) سورة النّساء، الآية: ٣٤.

(٤) تفسير القرطبي ١٦١/٥، وانظر: تفسير السّعدي ص ١٧٧.

(٥) تفسير القرطبي ١٦٢/٥.

﴿ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾[١]؛ إذ العدل يقتضي عدم المساواة بينهما في الميراث[٢].

وأمّا العقيقة فأَمْرُ التّفضيل فيها تابعٌ لشرف الذَّكَر، وما ميّزه به الله على الأنثَى، ولما كانت النّعمةُ به على الوالد أتَمَّ، والسّرور والفَرْحة به أكمل؛ كما في قوله تعالى على لسان مريم عليها السّلام: ﴿وَلَيْسَ ٱلذَّكَرُ كَٱلْأُنثَىٰ﴾[٣]؛ كان الشّكران عليه أكثر؛ فإنّه كلّما كثرت النّعمة كان شكرها أكثر[٤]. والله تعالى أعلم.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

أجمع المسلمون على معنَى القاعدة، و لم أقف على مَن خالف فيه ولا في التّفريع عليها، وإن اختلفوا في بعض تطبيقاها نظراً لاختلاف أسباها كما سيأتي إن شاء الله.

جاء في إعلام الموقّعين: «النّساء والرّجال شقيقان ونظيران، لا يتفاوتان ولا يتباينان في ذلك، وهذا يدلّ على أنّه من المعلوم الثّابت في فطرهم؛ أنّ حكم الشقيقين والنظيرين حكمٌ واحدٌ، سواء كان ذلك تعليلاً منه ﷺ للقدر أو للشّرع أو لهما؛ فهو دليلٌ على تساوي الشقيقين وتشابه القرينين وإعطاء أحدهما حكم الآخر»[٥].

وقال في شرح مختصر الرّوضة: «يدخل النّساء في خطاب النّاس،

---

(١) سورة النّساء، الآية: ١١.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٥/٦١-٦٣، وأعلام الموقّعين ص ٤٠٦.

(٣) سورة آل عمران، الآية: ٣٦.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ٤/٦٩، وأعلام الموقّعين ص ٤٠٧.

(٥) إعلام الموقّعين لابن القيم ص ١٥٨، وانظر: المغني ٢/٢٥٨.

وما لا مخصِّصَ لأحد القبيلين –يعنِي: الرّجال والنّساء– فيه كأدوات الشّرط، نحو: مَنْ رأيتَ فأَكْرِمْهُ، فإنّه يتناول النّساء دون ما يَخُصُّ غيرَهن كالرّجال والذّكور»[1].

وفي السّيل الجرار: «الخطاب في الأحاديث السّابقة وإن كان للرّجال، فللنّساء حكمهم كسائر الخطابات التِي في الكتاب والسّنة بصيغة خاصّة بالذّكور؛ فإنّ النّساء شقائق الرّجال، ولا يُخرِجُهُنَّ من ذلك إلاّ دليلٌ يخصّصهن من الواجبات على الرّجال»[2].

من أدلّة القاعدة:

هذه القاعدة ورد في الحديث ما يدلّ على معنَاها، كما في حديث عائشة –رضي الله عنها– وفيه: فقالت أمّ سُليم الأنصارية: المرأة ترى ذلك أعليها غسل؟ قال –أي: النّبِيّ ﷺ «نعم. إنّما النّساء شَقائق الرّجال»[3].

---

(١) شرح مختصر الرّوضة للطّوفي ٥١٥/٢. وانظر: ٥١٤/٢-٥٢٣.

(٢) السّيل الجرار للشّوكاني ٤٥٧/٢.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ١٦٢/١، كتاب الطّهارة، باب في الرّجل يجد البلّة في منامه، برقم: (٢٣٦)، والتّرمذي في سننه ١٩٠/١، كتاب الطّهارة، باب ما جاء فيمن يستيقظ فيرى بللاً... برقم: (١١٣).
والحديث صحيحٌ ثابتٌ قويٌّ، صحّحه الألباني في الجامع الصّغير برقم: (٣٧٤٦، و٤٠٩٨)، وصحيح أبي داود برقم: (٢١٦)، والسّلسلة الصّحيحة برقم: (٢٨٦٣).
انظر: تخريج الشّيخ أحمد محمّد شاكر في سنن التّرمذي ١٩٠/١-١٩٢.
وحديث سؤال أمّ سُليم الأنصارية، وهي أم أنس بن مالك رضي الله عنهم،له أصلٌ في الصّحيحين من:

=

قال في المنهاج: «اعلم أنّ المرأة إذا خرج منها المَنيُّ، وجب عليها الغسل كما يجب على الرّجل بخروجه، وقد أجمع المسلمون على وجوب الغسل على الرّجل والمرأة بخروج المنيّ...، والمرأة كالرّجل في هذا»(١).

قال في إعلام الموقّعين في توجيه الحديث: «فَبَيَّنَ أنَّ النّساء والرّجال شقيقان ونظيران لا يتفاوتان ولا يتباينان في ذلك، وهذا يدلّ على أنّه من المعلوم الثّابت في فطرهم أنّ حكم الشقيقين والنظيرين حكمٌ واحدٌ، سواء كان ذلك تعليلاً منه ﷺ للقدر أو للشّرع أو لهما فهو دليلٌ على تساوي الشقيقين وتشابه القرينين وإعطاء أحدهما حكم الآخر»(٢).

بعد هذا أذكر فيما يلي مَجموعةً من مسائلَ تَجري مجرى تطبيق القاعدة:

١- مسألة: اختلف الأصوليّون في دخول النّساء في خطاب النّاس، وما لا مُخَصِّص لأحد القبيلَين -الرّجال والنّساء- كأدوات الشّرط،

=

- حديث أمّ المؤمنين أم سلمة، صحيح البخاري ٢٧٦/١، كتاب العلم، باب الحياء في العلم برقم: (١٢٩)، و٤٦٢/١، كتاب الغسل، باب إذا احتلمت المرأة، برقم: (٢٨٠)، ومسلم في صحيحه ٢٥١/١، كتاب الحيض، باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المنِيّ منها، برقم: (٣١٣).
- حديث أنس بن مالك، وعائشة رضي الله عنها عند مسلم في صحيحه ٢٥٠/١-٢٥١، في الموضع السّابق، برقم: (٣١٠-٣١٢، و٣١٤).

ومعنَى شقائق الرّجال، أي: نظائرهم وأمثالهم في الخلق والطّباع؛ فكأنّهن شُقِقْنَ من الرّجال. انظر: معالم السّنن للخطابي ١٦٢/١، والنّهاية ٤٩٢/٢، وشرح مسلم ٢١٢/٣.

(١) شرح مسلم للنّووي ٢١١/٣، وانظر: التّمهيد ٣٢٩/٢-٣٣٥.

(٢) إعلام الموقّعين لابن القيم ص ١٥٨، بعد ذكره لحديث أمّ سليم السّابق، وانظر: المغني ٢٥٨/٢.

مُلَخَّص الكلام فيه أنّ لهم طرفين وواسطةً.

أمّا الطّرفان فمجمعٌ عليهما وهو[1]:

الطّرف الأوّل: يدخل فيه النّساء مع الرّجال على حدّ سواءٍ اتّفاقاً، وهو ما لا مُخَصِّص لأحد القبيلين فيه، بل وُضِعَ لعمومهما؛ فيدخلان فيه على حدّ سواء؛ مثل: النّاس والبشر والإنسان إذا أريد به النّوع أو الشّخص، وولد آدم وذرّيّته: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعۡبُدُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُمۡ وَٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ﴾[2].

وكذلك أدوات الشّرط نحو مَنْ في قوله تعالى: ﴿مَّنۡ عَمِلَ صَٰلِحٗا فَلِنَفۡسِهِۦۖ وَمَنۡ أَسَآءَ فَعَلَيۡهَاۗ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّٰمٖ لِّلۡعَبِيدِ﴾[3]، وقوله ﷺ: «مَنْ صلّى البَردَين[4] دخل الجنة»[5].

وقد قيل[6]: إنّ لفظ «مَنْ» استفهاميّة أو شرطيّة أو موصولة تتناول

---

(١) انظر: الاستذكار ٣٥٧/٦، وبداية المجتهد ٢٠٣/٣، وتفسير القرطبي ٥٦/١٨-٥٧، وفتح الباري ٤٠٥/٥، وقواطع الأدلة ٢٨/١-٢١١، وتنقيح الفصول ٨٩/١، وشرح مختصر الرّوضة ٥١٥/٢-٥٢٣، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٤-٢٥٥، ونثر الورود ص ٢٦٣-٢٦٤.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢١.

(٣) سورة فصّلت، الآية: ٤١.

(٤) المراد بالبَرْدَين: صلاة الفجر، وصلاة العصر. انظر: شرح مسلم ٤٤٠/١، وفتح الباري ٦٤/٢.

(٥) متّفق عليه؛ أخرجه البخاري في صحيحه ٦٣/٢، كتاب مواقيت الصّلاة، باب فضل صلاة الفجر والحديث، برقم: (٥٦٠)، ومسلم في صحيحه ٤٤٠/١، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، باب فضل صلاتي الصّبح والعصر... برقم: (٦٣٥).

(٦) نسبه لإمام الحرمين في مذكّرة أصول الفقه ص٢٥٥، ونثر الورود ص٢٦٣، وانظر: فتح الباري ٦٤/٢.

الأنثى باتّفاق كلّ مَنْ ينسب إلى التّحقيق من أرباب اللّسان والأصول.

قال في مذكّرة أصول الفقه: «وقالت شرذمةٌ من الحنفية: لا يتناولُهنّ؛ فقالوا في قوله ﷺ : (مَنْ بَدَّلَ دينَهُ فاقْتُلوه)[1]، إنّه لا يتناول المرأة؛ فلا تُقْتَلُ عندهم المرتدّة بناء على ذلك[2].

-قال-قلت:ومن الأدلّة القرآنية على دخول النّساءفي لفظ(مَنْ)قوله تعالى:﴿ وَمَن يَعْمَلْ مِنَ ٱلصَّـٰلِحَـٰتِ مِن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ يَدْخُلُونَ ٱلْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿يَـٰنِسَآءَ ٱلنَّبِىِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ ﴾[4]، و﴿وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ ﴾[5]»[6].

الطّرف الثّاني: لا يدخلن فيه معهم إجماعاً، وهو ما اختصّ أحد القبيلين من الألفاظ لا يتناول الآخر؛ نحو: الرّجال والذّكور والفتيان والكهول والشّيوخ لا يتناول النّساء؛ كما في قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾[7]، وكقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٧٩/١٢، كتاب استتابة المرتدّين، باب حكم المرتدّ والمرتدّة، برقم: (٦٦٧٩).

(٢) انظر: الهداية ١٦٥/٢، وفتح الباري ٢٨٤/١٢.

(٣) سورة النّساء، الآية: ١٢٤.
والشّيخ إنّما ذكر الآية إلى قوله: ﴿أَوْ أُنثَىٰ ﴾وكمّلتها؛ لأنّ ما بعدها أيضاً يدلّ دلالةً صريحةً على مقصود الشّيخ، وهو دخولهن في لفظ (مَنْ). والله تعالى أعلم.

(٤) سورة الأحزاب، الآية ٣٠.

(٥) سورة الأحزاب، الآية: ٣١.

(٦) مذكّرة أصول الفقه للشّيخ محمّد الأمين الشّنقيطي ص ٢٥٥-٢٥٦.

(٧) سورة النّساء، الآية: ٧.

بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ﴾[١]، كما لا يدخل الرّجال في لفظ النّساء والإناث والفتيات والعجائز ونحو ذلك.

وأمّا الواسطة؛ ففيها خلافٌ جارٍ بين أهل العلم، وهي: الجموع المذكّرة السّالمة؛ كالمسلمين، وضمائر جماعة الذّكور المتّصلة؛ نحو: كُلُوا، واشربُوا، ويأكلون ويشربُون، وكما في الحديث السّابق: «فلْيَؤذِّنْ أحدُكُم، ولْيَؤُمَّكُم أحدُكُم»[٢]، والكلام في دخول النّساء فيها على النّحو التّالي:

لا خلاف في هذه الجزئية أيضاً في دخول الإناث فيها إذا وُجِدَ دليلٌ منفصلٌ،أو وُجدَت قرينةٌ تدلّ على دخولهنّ،فهو مُتَّفَقٌ عليه بين الجميع[٣].

وهل يَدْخُلْنَ فيها بمقتضى اللّفظ وضعاً؟ ففيه خلافٌ على مذهبين:

المذهب الأوّل: دخول النّساء في الجموع المذكّرة السّالمة؛ وضمائر جماعة الذّكور المتّصلة. وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشّافعية[٤].

المذهب الثّاني: أنّهنّ لا يدخلن في الجموع المذكّرة السّالمة؛ وضمائر جماعة الذّكور المتّصلة. وهو مذهب جماعةٍ من الحنفية وبعض الشّافعية[٥].

---

(١) سورة النّساء، الآية: ٣٤.

(٢) من حديث مالك بن الحويرث السّابق تَخريجه أوّل القاعدة ص ٣٩٩.

(٣) انظر: الاستذكار ٣٥٧/٦، وشرح مختصر الرّوضة ٥١٦/٢.

(٤) وهو اختيار القاضي أبي بكر الباقلاني، والقاضي عبد الوهّاب، والقاضي أبي يعلَى. انظر: تفسير القرطبي ٥٥/١٨، المحلّى ١٦٩/٢، وقواعد الأدلّة ٢٠٨/١-٢١١، وتنقيح الفصول ٨٩/١، ومراقي السّعود ص٢٦٢، وشرح مختصر الرّوضة ٥١٥/٢-٥٢٣، ونثر الورود ص ٢٦٣، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٤-٢٥٥.

(٥) وهو اختيار أبي الخطاب. انظر: المراجع السّابقة.

الأدّلة:

استدلّ القائلون بدخولهن فيها بما يلي(١):

١-قوله تعالى: ﴿يُوسُفُ أَعْرِضْ عَنْ هَٰذَا ۚ وَاسْتَغْفِرِي لِذَنبِكِ ۖ إِنَّكِ كُنتِ مِنَ الْخَاطِئِينَ﴾(٢).

٢-قوله تعالى: ﴿وَصَدَّهَا مَا كَانَت تَّعْبُدُ مِن دُونِ اللَّهِ ۖ إِنَّهَا كَانَتْ مِن قَوْمٍ كَافِرِينَ﴾(٣).

٣-قوله تعالى: ﴿وَصَدَّقَتْ بِكَلِمَاتِ رَبِّهَا وَكُتُبِهِ وَكَانَتْ مِنَ الْقَانِتِينَ﴾(٤).

وجه الاستدلال من الآيات الكريمات؛ حيث دلّت على أنّ أكثر خطاب الله تعالى للقبيلَين -الرّجال والنِّساء- بالصّيَغ المذكورة وهو كثيرٌ، وهو يتناول النِّساء باتّفاق؛ وإفرادهن بلفظ خاصٍّ بهِنّ إيضاحاً وتبييناً، نحو: المسلمات والمؤمنات والأنثى؛لا يمتنع اللّفظ الصّالح للعموم لَهُنَّ، بل يكون ذلك من عطف خاصٍّ على عامٍ؛ نحو: ﴿وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ﴾(٥). وهما داخلان في الملائكة، ومثل: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَرْضًا لَّمْ تَطَئُوهَا﴾(٦)، وهما داخلان في الأموال، ومثل قوله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ ۝٦٨﴾(٧)، وهما داخلان في الفاكهة.

---

(١) انظر: قواعد الأدلّة ١/٢٠٨-٢١١، روضة النّاظر ٢/٩٤-٩٥، وشرح مختصر الرّوضة ٢/٥١٦-٥٢١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٤-٢٥٦، ونثر الورود ص ٢٦٣-٢٦٤.

(٢) سورة يوسف، الآية: ٢٩.

(٣) سورة النّمل، الآية: ٤٣.

(٤) سورة التّحريم، الآية: ١٢.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٩٨.

(٦) سورة الأحزاب، الآية: ٢٧.

(٧) سورة الرّحمن، الآية: ٦٨.

٤-وفي ضمائر المذكّر بقوله تعالى: ﴿فَأَزَلَّهُمَا ٱلشَّيْطَٰنُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ ۖ وَقُلْنَا ٱهْبِطُوا۟ بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ﴾[1]، الآية إلى: ﴿فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّى هُدًى فَمَن تَبِعَ هُدَاىَ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾[2].

وجه الاستدلال بهما؛حيث إنّ ضمائر المذكّر يتناول حواء إجماعاً[3].

وقد أجيب عن هذه الاستدلالات بأنّه لا يُسَلّم أنّ تناول الصِّيَغ المذكورة للنِّساء بأصل الوضع، بل بقرائن لشرف الذّكورية، ويُسَمّى التّغليب، وهو أنّه إذا اجتمع المذكّر والمؤنّث غُلِّبَ المذكّر في الخطاب لشرف الذّكورية، وهو من أوجه التّغليب في اللّغة العربية[4].

٥-قوله تعالى: ﴿فَٱسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّى لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَٰمِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ ۖ بَعْضُكُم مِّنۢ بَعْضٍ﴾[5].

ووجه الاستدلال منه؛ حيث إنّ سبب نزول الآية الكريمة سؤال أمّ سلمة رسول الله ﷺ حين قالت: يا رسول الله لا أَسْمَعُ اللهَ ذَكَرَ النِّسَاءَ في الهجرة؟[6]؛ فأنزل الله الآية، فنصّ الله -تعالى- على أنّهم كلّهم ذكراناً

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٣٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٣٨.

(٣) انظر: شرح مختصر الرّوضة ٢/٥٢١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٥.

(٤) انظر: شرح مختصر الرّوضة ٢/٥٢٢.

(٥) سورة آل عمران، الآية: ١٩٥.

(٦) لعلها تقصد مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱلَّذِينَ هَاجَرُوا۟ وَجَٰهَدُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ أُو۟لَٰٓئِكَ يَرْجُونَ رَحْمَتَ ٱللَّهِ ۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾،[البقرة: ٢١٨]،وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلسَّٰبِقُونَ ٱلْأَوَّلُونَ مِنَ ٱلْمُهَٰجِرِينَ وَٱلْأَنصَارِ وَٱلَّذِينَ ٱتَّبَعُوهُم بِإِحْسَٰنٍ رَّضِىَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ﴾ [سورة التوبة ١٠٠]، وقوله تعالى:

=

وإناثاً بعضهم من بعض.

٦-ومن السّنة؛ تقريره ﷺ أُمَّ سلمة رضي الله عنها على فهمها من قوله ﷺ : ((مَنْ جَرَّ ثوبَهُ مِنَ الْخُيَلاءِ لم يَنْظُرِ الله إليه يوم القيامة))[1]؛ حيث قالت:كيف تصنع النّساء بذيولِهِنَّ؟ فَهِمَت دخولَ النّساء في ذلك الوعيد، وأقرّها النّبيّ ﷺ على فهمها، ولم يقل لها: المرأة لا تدخل في ((مَنْ)). والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

٧-وأيضاً سؤال عائشة -رضي الله عنها- النّبيّ ﷺ : هل على النّساء جهادٌ؟ قال: ((نعم. عَلَيهِنَّ جهادٌ لا قتال فيه: الحجّ والعمرة))[2].

ولولا فهمها أنّ النّساء يدخلن في عموم خطاب الشّارع لما سألت ذلك، ولو كانت النّساء لا يدخلن فيه لبيّن لها ذلك النّبيّ ﷺ .

= ﴿ لَقَد تَّابَ ٱللَّهُ عَلَى ٱلنَّبِيِّ وَٱلْمُهَٰجِرِينَ وَٱلْأَنصَارِ ٱلَّذِينَ ٱتَّبَعُوهُ فِي سَاعَةِ ٱلْعُسْرَةِ ﴾ [سورة التّوبة: ١١٧]، وقوله تعالى: ﴿ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ ﴾ [الحشر: ٩]؛ فكأنّها فهمت أنّ النّساء لا يدخلن في ضمائر جماعة المذكرة في الآية الأولى، وفي جمع المذكّر السّالم في الآيتين الثّانية والثّالثة، ولفظة (مَنْ) في الآية الأخيرة.

وحديث أم سلمة هذا أخرجه التّرمذي في سننه ٢٢١/٥، كتاب تفسير القرآن، باب: ومن سورة النّساء الآية برقم: (٣٠٢٣).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١٦٥٢/٣، كتاب اللّباس والزّينة، باب تحريم جرّ الثّوب خيلاء...، برقم: (٢٠٨٥/٤٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سنن ٩٦٨/٢، كتاب المناسك،باب الحجّ جهاد النّساء، برقم: (٢٩٠١)، وصحّحه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم: (٢٣٤٥)، وإرواء الغليل ١٥١/٤، ومشكاة المصابيح برقم: (٢٥٣٤)، وصحيح التّرغيب برقم: (١٠٩٩)، وأخرج البخاري نحوه في صحيحه ٨٦/٤، أبواب المحصر وجزاء الصّيد، باب حجّ النّساء، برقم: (١٨١٤).

وأيضاً صلح الحديبية؛ حيث صالح النَّبيّ ﷺ المشركين فاشترطوا عليه «أنّ مَنْ جاء مِنْكم لَمْ نَرُدَّه عليكم، ومَنْ جاءكُم مِنَّا رَدَدْتُمُوهُ علينا»[(١)]، وهذا لفظ عامٌ مطلقٌ يدخل في عمومه النِّساء والرِّجال؛ لذلك احتجّ المشركون بِمقتضى عمومه على النَّبيّ ﷺ بردّ النّسوة اللاتي هاجرن إلى المشركين، ثم نسخ ردّ النِّساء لِما في ردّهن من مفاسدَ كثيرةٍ،فلولا دخولُهنّ في عموم ذلك لِما احتجّ المشركون به، فاحتجاجهم —وهم أهل اللّغة— بذلك دلّ على دخول النِّساء فيه بالوضع اللّغويّ[(٢)].

ومن المعقول: أنّ المذكَّر يغلب في الجمع على المؤنَّث. وأجيب عنه بأنّ الخلاف ليس في جواز التّغليب المذكور، وإنّما هو الظّهور والتّبادر من اللّفظ[(٣)].

استدلّ القائلون بأنّهنّ لا يدخلن فيها بما يلي[(٤)]:

١-قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾[(٥)]، ثم قال: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾[(٦)].

---

(١) قصة صلح الحديبية، أخرجها البخاري مطوّلاً في صحيحه٥/٣٨٨،كتاب الشّروط، باب الشّروط في الجهاد، برقم: (٢٦٤٤)، ومسلم في صحيحه ٣/١٤١١، كتاب الجهاد والسّير، باب صلح الحديبية في الحديبية، برقم: (١٧٨٤)، واللّفظ لمسلم.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ١٨/٥٥-٥٧، وشرح مسلم ١٢/٣٥١، وفتح الباري ٥/٤٠٥، وتفسير السّعدي ص ٨٥٧.

(٣) انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٥.

(٤) انظر: روضة النّاظر ٢/٩٤-٩٥، وشرح مختصر الرّوضة ٢/٥١٦-٥٢١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٤-٢٥٦، ونثر الورود ص ٢٦٣-٢٦٤.

(٥) سورة النّور، الآية ٣٠.

(٦) سورة النّور، الآية: ٣١.

٢-قوله تعالـــى: ﴿إِنَّ ٱلْمُسْلِمِينَ وَٱلْمُسْلِمَٰتِ﴾إلى قوله تعالى: ﴿وَأَجْرًا عَظِيمًا﴾[١].

٣-وقوله تعالى: ﴿لِّيُعَذِّبَ ٱللَّهُ ٱلْمُنَٰفِقِينَ وَٱلْمُنَٰفِقَٰتِ وَٱلْمُشْرِكِينَ وَٱلْمُشْرِكَٰتِ وَيَتُوبَ ٱللَّهُ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾[٢].

وجه الاستدلال منها؛ حيث إنّ العطف يقتضي عدم الدّخول[٣].

ومن السّنة: حديث[٤] أمّ سلمة رضي الله عنها أنّها قالت: يغزو الرّجال ولا يغزو النّساء، وإنّما لنا نصْفُ الميراث؛ فأنزل الله: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا۟ مَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بِهِۦ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾[٥]، قال مجاهدٌ: فأنزل فيها: ﴿إِنَّ ٱلْمُسْلِمِينَ وَٱلْمُسْلِمَٰتِ﴾[٦].

ومثله حديث أمّ عمّارة الأنصارية أنّها أتت النّبيَّ ﷺ فقالت: ما أرى

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٣٥.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٧٣.

(٣) انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٥.

(٤) أخرجه التّرمذي في سننه ٢٢١/٥، كتاب تفسير القرآن، باب من سورة النّســاء، برقم: (٣٠٢٢)، والحاكم في مستدركه ٣٠٥/٢-٣٠٦، من طرق عن سفيان بهذا الإسناد، وقال: «هذا حديثٌ صحيحٌ على شرط الشّيخين إن كان سمع مجاهد من أمّ سلمة»، ووافقه الذّهبي.

وقال الدّكتور عبد الله بن عبد المحسن التّركي عند تخريجه للحديث في شرح مختصر الرّوضة ٥١٨/٢: «مجاهد أدرك أمّ سلمة وعاصرها؛ فإنّه وُلِدَ سنة: (٢١هـ)، وأمّ سلمة تُوفّيت بعد سنة: (٦٠هـ)، ولا يعرف بتدليس، فتحمل روايته عنها على الاتّصال».

قال في التّرمذي: «هذا حديثٌ مرسلٌ، ورواه بعضهم عن ابن أبي نجيحٍ عن مُجاهدٍ مُرْسَلٌ أنَّ أم سلمة قالت كذا وكذا».

(٥) سورة النّساء، الآية: ٣٢.

(٦) سورة الأحزاب، الآية: ٣٥.

كلَّ شيءٍ إلاّ للرّجال، وما أرى النِّساءَ يُذْكَرْنَ بشيءٍ؟ فَنَزَلت الآية[1].

وجه الاستدلال منهما: أنّ كلاًّ منهما من أهل اللّغة، وقد فهمت عدم دخولهن في لفظ المؤمنين؛ فدلّ على أنّه لا يتناول النِّساءَ؛ إذ لو تَنَاوَلَهُنَّ لما سألت؛ إذ كان يكون سؤالها خطأً، فلا تستحقّ عليه جواباً؛ لكنها قد أُجيبت بنُزُول الآية.

وأيضاً قالوا: لو أنّ لفظ المؤمنين والمسلمين يتناول النِّساءَ، لكان قوله ﷻ في الآية ونحوها تكراراً، والتّكرار عَبَثٌ.

يجاب عن الاستدلال بهما؛ بأنّ الرّواية الأخرى عن أمّ سلمة تدلّ على دخولِهنّ، وقد سبق ذكرها ضمن أدلّة القائلين بدخولِهنّ.

وأمّا دعوى العبث فأجيب عنها بأنّ العبث إنّما هو التّكرار بغير فائدة، أمّا التّكرار لفائدةٍ فليس عبثاً، وفائدته ههنا تخصيص النِّساء بالذّكر بلفظٍ يَخُصُّهُنَّ، وقد حصَل ذلك؛ فلا يكون عبثاً.

ورُدَّ على هذا الجواب من وجهين:

أحدهما: أنّ الآية إنّما نزلت على السّبب المذكور، وسؤال المرأة إنّما كان عن عدم ذكر النّساء لا عن عدم تخصيصهن بلفظٍ، فلا يَصحُّ جوابكم.

الوجه الثّاني: أنّه بتقدير صحّة ما قلتم يكون ﴿وَٱلْمُسْلِمَٰتِ﴾ تأكيداً، وعلى ما ذكرناه يكون تأسيساً، وفائدة التّأسيس أَوْلَى فيقدَّم على

---

(١) أخرجه التّرمذي في سننه ٣٣٠/٥، كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة الأحزاب، برقم: (٣٢١١)، وقال التّرمذي: «هذا حديثٌ حسنٌ غريبٌ، وإنّما يُعرَفُ هذا الحديث من هذا الوجه»، وقال الدّكتور عبد الله بن عبد المحسن التّركي: «ورجاله ثقاتٌ رجال الصّحيح». شرح مختصر الرّوضة ٥١٩/٢.

التّأكيد؛ لأنّها أكمل[(١)].

ومن المعقول: القطع باختصاص الذّكور بهذه الصِّيَغ لغةً، واختصاص الإناث بغيرها، وإجماع أهل اللّغة على ذلك؛ فيُقال: مسلمون ومسلمات، وكُلُوا واشربُوا في المذكّر، وكُلْنَ واشْرَبْنَ في المؤنّث، وقالوا جمع المذكّر السّالم نحو: مؤمنون، وجمع المؤنّث السّالم نحو: مؤمنات، فإذا عُبِّرَ عن كلّ قَبيلٍ بصيغته، لم يتناول صيغة الآخر؛ فجرى مجرى اتّفاقهم على الفرق بين التّثنية والجمع في التّكلُّم والتّصنيف حيث دلَّ على أنّ الاثنين ليسا جمعاً؛ قالوا: فثبت بهذه الوجوه أنّ الإناثَ لا يدخلن في اللّفظ المذكور.

ولعلّ أقوى القولين في نظري القول القائل بأنّهنّ يدخلن في الجموع المذكّرة السّالمة؛ وضمائر جماعة الذّكور المتّصلة، وذلك لقوّة أدلّته وصراحتها، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب والحقّ.

٢- مسألة: إمامة المرأة:

هذه المسألة تشمل إمامتها للرّجال وللنّساء، سواء في الفرض أم في النّفل.

أمّا إمامتها للرّجال فقد ذهب جمهور الفقهاء على منع إمامة المرأة للرّجال مطلقاً؛ فلا يجوز بحالٍ للرّجال أن يقتدوا بامرأةٍ لا في فريضة بلا خلاف، ولا في نافلةٍ على الصّحيح، وإن فعلوا بطلت صلاتهم، وعليهم الإعادة، أمّا صلاتها وصلاة مَنْ وراءها من النّساء فصحيحةٌ[(٢)].

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ١٤٩، والذّخيرة ٧٦/١، و١٨/٤، والمنثور ١٩٠/١، وفتح الباري ٦٢٢/١١، وأشباه السّيوطي ص ٢٥٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٩، وبدائع الصّنائع ٣٨٧/١، والذّخيرة ٢٤٢/٢، وشرح القلشاني ص ٧٥٨، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٩٢/١، والمجموع ١٠٧/٤، والمغني ٣٢/٣-٣٤، والعدّة ٩٠/١، ومنتهى الإرادات ٨٠/١، وشرح =

وهناك قولٌ بصحّة صلاة الرّجال وراءها، وقال بعض الحنابلة: يجوز أن تَؤُمَّ الرِّجالَ في التّراويح فقط وتقف وراءهم[1].

الأدلّة:

مستند جماهير فقهاء الأمصار هو الأدلّة التّالية:

١- قوله ﷺ: «لا تَؤُمَّنَّ امرأةٌ رَجُلاً»[2]، وهذه نكرةٌ في سياق النّفي فتفيد العموم، فلا يصحّ ائتمام الرّجل بامرأة مطلقاً[3].

٢- قوله ﷺ: «أخِّروهُنَّ من حيث أَخَّرَهُنَّ اللهُ»[4]؛ استدلّوا به على منعها من إمامة الرّجال مطلقاً؛ قالوا: لأنّ هذا أمرٌ بتأخيرهنّ، فلا يجوز تقديمها

=

منتهى الإرادات ١/٥٦٦، والمحلّى ٢/١٦٧-١٦٩، و٣/١٣٥.

(١) أمّا القول بصحّة صلاة الرّجال وراءها فقول أبي ثور، وابن رشد الحفيد، وفيه ذكر القاعدة، والمزني، وابن جرير الطّبري، وظاهر قول البيهقي؛ فإنّه بوّب في سننه بقوله: «جماع أبواب إثبات إمامة المرأة وغيرها، باب إثبات إمامة المرأة».
انظر: السّنن الكبرى للبيهقي ٣/١٣٠، وبداية المجتهد ١/٢٧٣، والمجموع ٤/١٠٧، والمغني ٣/٣٣، وشرح منتهى الإرادات ١/٥٦٦، وسبل السّلام ٢/٢٩، ٣٥، ونيل الأوطار ٣/٢٠١.

(٢) من حديث جابر رضي الله عنه، أخرجه ابن ماجه في سنن١/٣٤٣ من كتاب إقامة الصّلاة، باب فرض الجمعة برقم: (١٠٨١). قال النّووي في المجموع٤/١٠٧: «حديث جابر رواه ابن ماجه والبيهقي بإسناد ضعيف»، وقال في الزّوائد: «إسناده ضعيف؛ لضعف عليّ بن زيد بن جدان وعبدُ الله بن محمّد العدويّ»، وضعّفه الألباني في ضعيف ابن ماجه برقم: (٢٢٤)، وإرواء الغليل ٢/٣٠٣، والجامع الصّغير برقم: (١٤٥٢٤). انظر: سنن ابن ماجه ١/٣٤٣.

(٣) انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٢٤٦-٢٤٧، ونثر الورود ص ٢٥٣-٢٥٤، والمغني ٣/٣٣، والعدّة ١/٩٠، وشرح منتهى الإرادات ١/٥٦٦.

(٤) أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه ٣/١٤٩، وهو حديث غريبٌ ورد مرفوعاً وموقوفاً
=

للإمام، والإمام لا بدّ له من التّقدّم أمام المؤتَمِّين، أو من الوقوف عن يسار المأموم إذا لم يكن معه غيره، وكلّه متعذّر في حقّ المرأة[١].

أجيب عن وجه الاستدلال به؛ بأنّ معنَى الحديث إنّما هو حيث تكون مأمومةً[٢].

٣-ولأنّ النّبيّ ﷺ أخبر أنّ المرأة تقطع صلاة الرّجل، بقوله ﷺ : «يقطعُ الصّلاةَ الكلابُ والحمارُ والمرأةُ»[٣]، فلو تقدّمت المرأة أمام الرّجل لقطعت صلاته للحديث، وصلاتها لأنّها صلّت بخلاف ما أمرت؛ لتعدّيها المكان الذي أُمِرَت به[٤].

قد يجاب عنه بأنّ الصّحيح أنّ المرأة لا تقطع الصّلاة ولا تفسدها. وستأتي المسألة -إن شاء الله تعالى- بالتّفصيل.

٤-ولأنّها لا تؤذّن للرّجال فلم يَجُزْ لها أن تَؤُمَّهم؛ كالمجنون[٥].

٥-ولأنّها ليست من أهل الكمال أشبهت الصّبيَّ[٦].

=

على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.انظر:نصب الرّاية٢/٣٦،والمعونة١/٢٥١.

(١) انظر: الهداية ٤/٥٦، والذّخيرة ٢/٢٤١، والمغني ٣/٣٣، والمحلّى ٣/١٣٦.

(٢) انظر: شرح ابن ناجي ١/١٩٢.

(٣) أخرجه البخاري من حديث عائشة رضي الله عنها في صحيحه ١/٦٩٨، كتاب الصّلاة، باب استقبال الرّجل الرّجُلَ وهو يصلّي، برقم: (٥٠١)، وأخرجه مسلم من حديث أبي ذرٍّ وأبي هريرة رضي الله عنهما في صحيحه ١/٣٦٥-٣٦٦، كتاب الصّلاة، باب قدر مايستر به المصلّي، برقم: (٥١٠-٥١١)، واللّفظ له.

(٤) انظر: المحلّى ٣/١٣٦.

(٥) انظر: المغني ٣/٣٣، وشرح منتهى الإرادات ١/٥٦٦.

(٦) انظر: العدّة ١/٩٠.

واستدلّ القائلون بصحّة صلاة الرّجال خلفها بما يلي:

١-حديث أمّ ورقة أنّ رسول الله ﷺ جعل لها مُؤَذِّناً يُؤذِّنُ لها، وأَمَرَها أن تَؤمَّ أهل دارها في الفرائض[١].

وجه استدلالهم به؛ قالوا: إنّه عامٌّ في الرّجال والنِّساء؛ وبخاصة أنّه كان لها غلامٌ وجاريةٌ قد دَبَّرَتهما، كما في رواية أبي داود[٢].

٢-قياس الفرائض على التّراويح.

وأجيب عن وجه استدلالهم بما يأتي[٣]:

١-أنّه إنّما أذن لها بأن تؤمَّ نساء أهل دارها، كذلك جاء في بعض روايته[٤]، وهي زيادةٌ يجب قبولها.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٣٩٦/١، كتاب الصّلاة، باب إمامة النّساء برقم: (٥٩١، و٥٩٢)، وابن الجارودي في المنتقى ٩١/١، برقم: (٣٣٣)، وابن خزيمة في صحيح ٨٩/٣، برقم: (١٦٧٦)، والدّارقطني في سننه ٢٦١/٢، برقم: (١٥٠٦)، والحاكم في المستدرك ٣٢٠/١، برقم: (٧٣٠)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٤٠٦/١، برقم: (١٧٦٨)، و١٣٠/٣، برقم: (٥١٣٦).
والحديث صحّحه ابن خزيمة، وتبعه الصّنعاني في سبل السّلام ٣٤/٢، و٣٥، وصحّحه الحاكم وقال: «لا أعرف في الباب حديثاً مسنَداً غير هذا، وقد احتجّ مسلمٌ بالوليد بن جُميع»، وصحَّحه الزّيلعي في نصب الرّاية ٣١/٢-٣٢، والعيني في شرح الهداية.
وحسّنه الشّيخ الألباني في صحيح أبي داود برقم: (٥٥٢-٥٥٣).

(٢) سنن أبي داود ٣٩٧/١، ومصنّف ابن أبي شيبة ٢٥٧/٧، برقم: (٣٥٨٥٠)، وانظر: المغني ٣٣/٣، وإعلام الموقّعين ص٥٦١، وشرح منتهى الإرادات ٥٦٦/١، وسبل السّلام ٣٤/٢، ونيل الأوطار ٢٠١/٣.

(٣) انظر: المغني ٣٣/٣-٣٤.

(٤) تفرّد بها الدّارقُطْني في سننه ٢١/٢، برقم: (١٠٨٤)، وقد وافق غيره في الرّواية الأولى.

٢-لو لم يُذْكَر ذلك لَتعيَّن حمل الخبر عليه؛ لأنّه أَذنَ لها أنْ تَؤُمَّ في الفرائض، بدليلِ أنَّهُ جَعَلَ لها مُؤَذِّناً، والأذان إنّما يُشْرَع في الفرائض، ولا خلافَ في أنَّها لا تَؤُمُّهم في الفرائص.

٣-لأنّ تخصيص ذلك بالتّراويح واشتراط تأخُّرها تَحَكُّمٌ يُخالف الأصول بغير بدليلٍ، فلا يَجُوزُ المصير إليه.

٤-لو قُدِّر ثبوت ذلك لأمّ ورقة لكان خاصّاً لها، بدليلِ أنَّه لم يُشْرَع لغيرها من النِّساء أذانٌ ولا إقامةٌ، فتَخْتَصُّ بالإمامة لاختصاصها بالأذان والإقامة.

التّرجيح:

والذي يترجّح في نظري هو القول بصحّة إمامة المرأة للرِّجال مع الكراهة فرضاً كانت الصّلاة أم نفلاً؛ وذلك لِما يأتي:

١-أنّه الذي تجتمع عليه الأدلّة.

٢-لأنّه ليس هناك دليلٌ صحيحٌ صريحٌ يَمنع المرأة من الإمامة، والقول بعدم صحّة صلاة المؤتَمّ بالمرأة لا دليلَ عليه؛ فيكون القول بالصّحّة أقرب عملاً بالقاعدة.

٣-وحديث أمّ ورقة -رضي الله عنها- فيه دليلٌ على صحّة إمامة المرأة لأهل دارها وقد كان فيهم الرَّجل؛ فإنَّه كان لها مُؤَذِّنٌ، وكان شيخاً كما في رواية، وقد قال الرّاوي[(١)]: «فأنا رأيتُ مُؤَذِّناً شيخاً كبيراً»، والظّاهر أنها كانت تؤمه، وغلامها، وجاريتها وبقيّة أهل دارها[(٢)].

---

(١) وهو عبد الرّحمن بن خلاد راوي الحديث عن أم ورقة بنت عبدالله الأنصارية الشّهيدة، رضي الله عنها، انظر: سنن أبي داود ٣٩٧/١، وسبل السّلام ٣٥/٢.

(٢) انظر: سبل السّلام ٣٥/٢، ونيل الأوطار ٢٠٢/٣.

٤-وبهذا يندفع قول الجمهور بأنّه محمولٌ على إمامتها للنِّساء؛ فلَو لَم يذكر أنّه كان لها غلامٌ وجاريةٌ؛ لَما استقام قولهم هذا؛ لأنّه لا يتصوّر عادةً وغالباً أن تسكن امرأةٌ بِمفردها بعيدةً من النّاس فيهم رجالٌ.

٥-ولفظ: (دار) يُطلق ويراد به: مَنَازلُ مسكونةٌ، أو أحياء سكنية، فدار أم ورقة هي مَنْزِلُها وَحَيُّهَا، وأهلها هم سُكّانُها، ويتكوّنون عادةً وغالباً من الرِّجال والنِّساء[1].

٦-وقولهم: إنّ القصة قضيةٌ عينيةٌ خاصّةٌ بأمّ ورقة، ولا عموم لها، دعوى مُجرَّدَةٌ، لا يُسَلَّم لها؛ ومثل هذه الدّعوى قد تفضي بإسقاط كثيرٍ من أحكامٍ شرعيّة؛ بِحجّة أنّه لم يرد إلاّ لفلانٍ أو في قضيّة فلانية، والأصل أنّ السّنة متَى وردت وثبتت فهي حجّةٌ،سواء وردت مرّةًواحدةًأم أكثر.

٧-ولأنّ المرأة أحد صنفي المخاطبين بالصّلاة والجماعة؛ فتصحّ إمامتها أصلها الرَّجلُ؛ لعموم قوله ﷺ : «فإذا حضرت الصّلاةُ فَلْيُؤَذِّنْ لَكُم أَحْدُكُم، ثُمَّ لْيَؤُمَّكُم أَكْبَرُكُم»[2]؛ فإنّ الخطابَ الْمُوَجَّهَ إلى الرّجال مُوَجَّهٌ إِلَيهِنَّ، ويدخلن في خطاب الجموع المذكّرة السّالِمة، وضمائر جماعة الذّكور المتّصلة، على الصّحيح.

٨-ولأنّ مَنْ صحّت صلاته صحّت إمامته، والمرأة تصحّ صلاتها فتصحّ إمامتها.

٩-ولأنّ إمامتها للرِّجال في التّراويح صحيحةٌ، وصلاتهم صحيحةٌ؛ فلتكن كذلك في الفرائض؛ لأنّ جنس الصّلاة لا تَتجزأ، فكذا الإمامة.

---

(١) انظر: النّهاية ١/٨٤، و٢/١٣٩، وسبل السّلام ٢/٣٥، ونيل الأوطار ٣/٢٠١.

(٢) من حديث مالك بن الحويرث، تقدّم تخريجه في أوّل القاعدة ص ٣٩٩.

وهذا الذي تقرّر؛ إنّما هو من حيث الصّحّة إذا وقعت، وإلاّ فالعرف السّائد بين المسلمين من لدن عصر النّبيّ ﷺ إلى يومنا هذا لَم يَعْهدْ إمامةَ المرأة للرِّجال، ولَم يألفها المسلمون عبر العصور.

ولأنّ طبيعتهنّ مانعةٌ من ذلك؛ لأنّهنّ لَسْنَ من أهل البروز ومخالطة الرّجال، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

أمّا إمامة المرأة للنِّساء فقد اختلف الفقهاء فيها، فيما يلي مذاهبهم:

المذهب الأوّل: تؤمّ المرأةُ النّساءَ مطلقاً، أي: في الفريضة أو النّافلة، وتقف وسطهنّ. وهذا مذهب الحنفية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية وقولٌ للمالكية[(١)].

المذهب الثّانِي: لا تؤمّ المرأة مطلقاً؛ لا في فريضة ولا في نافلة؛ لا رجالاً ولا نساء، سواء عدمت الرّجال أم وجدت،فلو أمّت في صلاةٍ بطلت على المأمومين علموا ذلك أو جهلوه. وهذا المشهور عند المالكية[(٢)].

الأدلّة:

استدلّ الجمهور بما يلي:

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢٩، وبدائع الصّنائع ١/٣٨٧، والذّخيرة ٢/٢٤٢، وشرح القلشانِي ص ٧٥٨، وشرحي ابن ناجي وزروق ١/١٩٢، ومختصر المزني ص ٤١، والمهذّب ١/٣١٥-٣١٦، والمجموع ٤/١٠٧-١٠٨، ومختصر الخرقي ٣/٣٢، والمغنِي ٣/٣٢، ومنتهى الإرادات ٨١/١، وشرح منتهى الإرادات ١/٥٦٦، والمحلّى ٢/١٦٧-١٦٩، و٣/١٣٥-١٣٧.

(٢) انظر: المدوّنة ١/١٧٧، ورسالة القيرواني ص ١٢٧، وتهذيب المدوّنة ١/٢٥٣، والاستذكار ٢/٤٩٥، والمنتقى ٢/٤٤٥، وشرح القلشانِي ص ٧٥٨، وشرحي ابن ناجي وزرّوق ١/١٩٢، والفواكه الدّوانِي ١/٢٠٧.

١-أثر عائشة -رضي الله عنها- أنّها أمَّت نسوةً في صلاة العصر وقامت وَسَطَهُنَّ[1]، وحملوه على إمامتها للنّساء[2].

٢-وفي رواية: أنّها أمّت النِّساءَ في صلاة المغرب فقامت وسطَهُنَّ وجهرت بالقراءة[3].

٣-وفي أخرى: أنّ أمّ المؤمنين -عائشة- رضي الله عنها كانت تؤمُّهُنَّ في رمضان، وتقوم معهنّ في الصّفّ[4].

٤-أثر أمّ سلمة أنّها أمّت نساء وقامت وسطهنّ[5]، وحملوه على النّساء أيضاً[6].

حديث أمّ ورقة أنّ رسول الله ﷺ جعل لها مُؤَذّناً يُؤذّنُ لها، وأَمَرَها أن تَؤمَّ أهل دارها، قالوا: لضرورة حمله على إمامتها للنّساء؛ لأنّه لا خلاف في أنّها لا تؤمُّ الرّجالَ في الفرائض[7].

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ١/٣٢٠، برقم: (٧٣٠، و٧٣١)، والبيهقي في السّنن الكبرى و١/٤٠٨، برقم: (١٧٨١)، و٣/١٣١، برقم: (٥١٣٨، و٥١٣٩).وإسناده صالحٌ.انظر: الدّراية في تخريج أحاديث الهداية١/١٦٩، ونصب الرّاية١/٢١١، و٢/٣٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/٣٨٧، والمغني ٣/٣٣-٣٤، وإعلام الموقّعين ص ٥٦١، والمحلّى ٣/١٣٦-١٣٧.

(٣) رواه ابن حزم بسنده في المحلّى ٢/١٦٨، و٣/١٣٦.

(٤) رواه ابن حزم بسنده في المحلّى٣/١٣٦.

(٥) أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه ٣/١٤٠، برقم: (٥٠٨٢)، وابن أبي شيبة ١/٤٣٠، برقم: (٤٩٥٢، ٤٩٥٣)، وابن حزم في المحلّى ٢/١٦٨، و٣/١٣٦، وإسناده صحيحٌ، قاله ابن حزم، وقال بعد إيراده للآثار: «هي خيّرة، ثقة الثّقات، وهذا إسناد كالذّهب».
انظر: تعليق محمّد عدنان على الحديث في بدائع الصّنائع ١/٣٨٨، هامش (١).

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ١/٣٨٧، والمغني ٣/٣٣-٣٤، وأعلام الموقّعين ص ٥٦١.

(٧) انظر: المغني ٣/٣٣، وأعلام الموقّعين ص ٥٦١.

٥- أمّا وقوفها وسطهنّ؛ فلأنّ مبنَى حالِهنّ على السّتر، وهذا أستر لها إلاّ أنّ جماعتهنّ مكروهةٌ[1].

استدلّ المالكية لقولهم بمنع النِّساء من الإمامة مطلقاً بما يلي:

١-قوله ﷺ : «لا تَؤُمَّنَّ امرأةٌ رَجُلاً»، وهذه نكرةٌ في سياق النّفي فتفيد العموم، فلا يصحّ ائتمام الرّجل بامرأة مطلقاً[2].

٢-قوله ﷺ : «لن يفلح قومٌ ولَّوا أمرَهم امرأةً»[3].

أجيب عن الاستدلال به؛ بأنّه واردٌ في الإمامة الكبرى والقضاء[4].

يردّ على هذا الجواب؛ بأنّه إذا كانت المرأة منهيةً منْ أن تتولّى الإمامة الكبرى، وترتّب الوعيد والويل على ذلك، فمِنْ باب أَوْلَى ألاَّ تتولّى الإمامة الدِّينية في ركنٍ من أركان الإسلام، فيكون الحديث من باب تنبيه بالأدنى على الأعلى، كما في قوله -تعالــى-: ﴿**وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ إِلَّا مَادُمْتَ عَلَيْهِ قَآئِمًا**﴾[5]، ووجه الاستدلال منه؛ أنّ الذي إن تأمنه بنقطارٍ يؤده إليك، فمن باب أَوْلَى إذا تأمنْتَهُ بما هو أقلّ من ذلك، والذي إن تأمنه بدينارٍ لا يؤدّه إليك فمن باب أَوْلَى أن لا يؤدِّي إليك ما هو أكثر من ذلك.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٨/١.

(٢) انظر: مذكرة أصول الفقه ص ٢٤٦-٢٤٧، ونشــر الــورود ص ٢٥٣-٢٥٤، والمغني ٣٣/٣.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٧٣٢/٧، كتاب المغازي، باب كتاب النَّبيّ ﷺ إلى كسرى وقيصر، برقم: (٤٢٥١).

(٤) انظر: فتح الباري ٧٣٥/٧، وأعلام الموقّعين ص ٥٦١.

(٥) سورة آل عمران، الآية: ٧٥.

٣-وأيضاً فإنّ عمر ﷺ قد استدلّ على أحقّية أبي بكرٍ الصّدّيق بالخلافة والإمامة الكبرى، برضى النّبيّ ﷺ بأبي بكر في أمور دِينهم، يعني بذلك إمامة أبي بكرٍ لهم في الصّلاة[١]، وذلك لأنّ الإمامة في الصّلاة مَنْصبةٌ شريفةٌ في الدِّين ومن شرائع المسلمين؛ فالمقدَّم نيابةً عن الإمام يكون أفضل القوم وأصلحهم لذلك الأمر وأقومهم به، فكيف لا يرضون به فيما دون ذلك مرتبةً وهو الخلافة والإمامة الكبرى، فرضى النّبيّ ﷺ به فيما هو أهمّ وأَولَى وهو أمور الدِّين والآخرة، فيه دلالةٌ واضحةٌ على رضاه به فيما هو أدنَى من ذلك من باب أَوْلَى، وهو أمور الدّنيا[٢]، والله تعالى أعلم.

٤-قوله ﷺ : ((أخِّروهُنَّ من حيث أَخَّرَهُنَّ الله))؛ هذا أمر بتأخيرهن، فلا يجوز تقديمها للإمامة[٣]، وتقدّم الجواب عن وجه الاستدلال به.

٥-وقوله ﷺ : ((ما رأيت مِنْ ناقصات عقلٍ ودِينٍ أذهب لِلُبِّ الرّجل الحازم من إحداكنّ)). قُلْنَ: وما نقصان دِيننا وعقلنا يا رسول الله؟ قال: ((أليس شهادةُ المرأة مثلَ نصف شهادَة الرّجل؟)). قُلْنَ: بلى. قال: ((فذلك من نقصان عقلها. أليس إذا حَاضَتْ لم تُصَلِّ ولم تَصُمْ؟))، قُلْنَ: بلى. قال: ((فذلك مِنْ نقصان دِينها))[٤]، فمَن كان

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٩١/٣، أبواب الصّلاة، باب ما يجوز من التّسبيح والحمد في الصّلاة للرّجال، برقم: (١١٧١)، ومسلم في صحيحه ٣١٦/١، كتاب الصّلاة، باب تقديم الجماعة مَنْ يصلّي بهم إذا تأخّر الإمام ولم يخافوا مفسدة بالتّقديم برقم: (٤٢١).

(٢) انظر: شرح مسلم ٣٦٦/٤، وفتح الباري ٩١/٣.

(٣) انظر: الهداية ٥٦/٤، والذّخيرة ٢٤٢/٢، وشرح ابن ناجي ١٩٢/١.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٨٣/١، كتاب الحيضِ، باب ترك الحائض الصّوم، =

كذلك فلا تؤمّ؛ لأنّ الإمامة في الصّلاة مَنْصبةٌ شريفةٌ في الدِّين ومن شرائع المسلمين، ومَنْ نقصت عبادَتُهُ نقص دينُهُ، وهذا النّقص من النّوع الذي لا يأثم فيه؛ فالحائض لا تأثم بترك الصّلاة زمن الحيض لكنّها ناقصةٌ عن المصلّي، وليس المقصودُ من ذكر النّقص في النّساء لومَهُنَّ على ذلك؛ لأنّه من أصل الخلقة، لكن التّنبيه على ذلك تحذيرٌ من الافتتان بهِنَّ[1].

٦-ولأنّ كلّ مَنْ لم يصحَّ أن يكون حاكماً لنقصه لم يكن إماماً في الصّلاة كالمجنون، ولأنّها ناقصةٌ بالأنوثية فلم تجز إمامتها بالنّساء، كما لم تجز بالرّجال[2].

ولعلّ الصّواب الرّاجح هو القول بجواز إمامتها للنِّساء مطلقاً، وتقوم وسطهُنَّ؛ أو أمامهنّ كالرّجل، وذلك لقوّة الأدلّة الدّالة على ذلك، وحمل أدلّة المالكية على منعها من إمامة الرّجال. والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

قال في المحلّى: «ما نعلم لمنعها من التقدّم حجّةً أصلاً، وحكمها عندنا التقدّم أمام النِّساء، وما نعلم لِمَنْ منع مِنْ إمامتها النِّساء حجّةً أصلاً، ولاسيما هو قول جماعة من الصّحابة كما أوردنا، ولا مخالف لهم يعرف من الصّحابة رضي الله عنهم أصلاً»[3].

=

برقم: (٣٠٠)، ومسلم في صحيحه ٨٧/١، كتاب الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان... برقم: (٧٩)، واللّفظ للبخاري.

(١) انظر: المعونة ٢٥١/١، والفواكه الدّواني ٢٠٧/١، وشرح مسلم ٢٥٥/٢، وفتح الباري ٤٨٥/١، والعدّة ٩٠/١.

(٢) انظر: المعونة ٢٥١/١-٢٥٢.

(٣) المحلّى لابن حزم ١٣٧/٣، وانظر: ١٦٩/٢.

٣- مسألة: قطعُ المرأة الصلاةَ

لا خلاف بين أهل العلم أنّ المرأة لا تقطع صلاة المرأة، كما أنّ الرّجل لا يقطع الصّلاة.

واختلفوا في قطع مرور المرأة أمام المصلّي صلاته عليه على النّحو التّالي:

المذهب الأوّل: لا تنقطع الصّلاةُ ولا تفسد بمرور شيءٍ بين يدي المصلّي، وليدرأ ما استطاع، وهو قول جمهور أهل العلم منهم: الحنفية والمالكية والشّافعية(١).

المذهب الثّاني: يقطع الصّلاةَ الكلبُ الأسودُ البهيمُ فقط، وهو مذهب الحنابلة(٢).

المذهب الثّالث: يقطع الصّلاةَ الكلبُ الأسودُ، والمرأةُ إذا مَرَّتْ والحمارُ، وهو مذهب الظّاهرية ورواية عند الحنابلة، واستثنَوا حالة اضطجاعها معترضةً فلا تقطع الصّلاة حينئذٍ(٣).

---

(١) قال النّووي: وبه قال عامّة أهل العلم إلاّ الحسن البصريّ؛ فإنّه قال: تبطل بمرور المرأة والحمار والكلب الأسود».
انظر: معالم السّنن ٤٥١/١، بدائع الصّنائع ٥٠٩/١، والمعونة ٢٩٥/١، والتّمهيد ٣٤/٥، و٤٥-٤٦، والاستذكار ٢٦٨/٢، والمنتقى ٢٨٩/٢-٢٩٢، و٢٩٥، والمهذّب ٢٣١/١، والمجموع ١٦٠/٣، وشرح مسلم ٤٥٠/٤، وإحكام الأحكام ص ٣٧٦-٣٧٧، ونيل الأوطار ١٣/٣.

(٢) هذا هو المشهور عن الإمام أحمد نقله عنه الأَثْرَم.
انظر: كتاب المسائل ص ٣٨١، [٢٨٩]، ومختصر الخرقي ٩٧/٣، والمغني ٧/٣-٩٩، وشرح منتهى الإرادات ٤٤٠/١، وانظر: أيضاً معالم السّنن ٤٥١/١، وشرح مسلم ٤٥٠/٤، وإحكام الأحكام ص ٣٧٦.

(٣) انظر: المغني ٩٧/٣، والمحلّى ٣٢٠/٢، إحكام الأحكام ص ٣٧٦، ونيل الأوطار ١٢/٣.

المذهب الرّابع: يقطع الصّلاةَ الكلبُ الأسودُ والمرأةُ الحائضُ والحمار. وبه قال طائفةٌ من أصحاب الحديث[1].

سبب اختلافهم أمران:

الأوّل: اختلاف الأحاديث الواردة وتعارضها في الظّاهر، من جهةٍ.

الأمر الثّاني: تعارض الأحاديث القاضية بقطع هذه الأشياء الصّلاة للقياس؛ حيث الأصل أن لا تنقطع صلاةٌ ولا تفسد إلاّ بالحدث.

الأدلّة:

استدلّ الجمهور أصحاب المذهب الأوّل القائلون بأنّه لا تنقطع الصّلاة ولا تفسد بمرور شيءٍ بين يدي المصلّي بما يلي:

١-حديث أبي جُحَيفة رضي الله عنه، وفيه: فتقدّم ﷺ فصلّى ركعتين يَمُرُّ بَينَ يَديهِ الحِمارُ والكلبُ لا يُمْنَعُ[2].

٢-حديث الفضل بن عبّاس -رضي الله عنهما- قال: أتانا رسول الله ﷺ ونَحن في باديةٍ لنا ومعه عبّاس، فصلّى في صحراء ليس بين يديه سُترةٌ،وحمارةٌ لَنا وكلبة تعبثان[3] بين يديه،فما بالى ذلك[4].

---

(١) وهو قول الحسن البصريّ. انظر: معالم السّنن ٤٥١/١، والمجموع ١٦٠/٣، وإحكام الأحكام ص ٣٧٦، والمغني ٩٧/٣.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه٣٦٠/١،كتاب الصّلاة،باب سترة المصلّي،برقم:(٥٠٣).

(٣) تَعْبَثَانِ، من العَبَث وهو: اللّعب. انظر: معالم السّنن ٤٦٠/١.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه٤٥٩/١-٤٦٠، كتاب الصّلاة، باب مَنْ قال: الكلب لا يقطع الصّلاةَ، برقم: (٧١٨)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٢٧٨/٢، وحسّنه النّووي في المجموع ١٦١/٣ بقوله: «رواه أبو داود بإسنادٍ حسنٍ»، وانظر: نصب الرّاية ٢٨١/٢.

وضعّفه الألبانِي في ضعيف أبي داود برقم: (١٤٢)، ومشكاة المصابيح برقم: (٧٨٤).

والشّاهد من الحديثين: قوله: «يَمُرُّ بين يديه»، و«تَعبَثان بين يديه»، وجه الاستدلال؛ حيث إنّ ظاهر هذا اللفظ: أنّ الكلب والحمار مَرّا بين يديه دون السُّتْرَة؛ إذ لا يقال: مَرَّ بين يديه كذا لشيء يَمُرُّ من وراء السُّترة[1]، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

٣-قوله ﷺ : «لا يقطعُ الصّلاةَ مرورُ شيء فادْرَؤوا ما اسْتَطَعْتُم»[2].

---

(١) انظر: نصب الرّاية ٨١/٢، وانظر: شرح مسلم ٤٤٣/٤، وفتح الباري ٦٨٤/١.

(٢) ورد هذا الحديث عن أربعة من الصّحابة: أبو سعيد الخدري وابن عمر وأبو أمامة وأنس بن مالك وجابر، كما بيّن ذلك الإمام الزّيلعي في نصب الرّاية ٧٢/٢، وبيّن مُخَرِّجيها، وفي سند أبي داود مجالد بن سعيد فيه مقال، وأخرجه له مسلم مقروناً بجماعة من أصحاب الشّعبي.
انظر: نصب الرّاية ٧٦/٢، وبدائع الصّنائع ٥٠٩/١، هامش: (٢)، وضعّفه النّووي في شرح مسلم ٤٥١/٤، وابن حزم في المحلّى ٣٢٦/٢، وابن حجر في الدّراية ١٧٨/١، والبهوتي في وشرح منتهى الإرادات ٤٤٠/١، والألباني في: ضعيف أبي داود برقم: (١٤٣)، والجامع الصّغير برقم: (١٤٥٠٦)، ومشكاة المصابيح برقم: (٧٨٥)، والسّلسلة الضّعيفة برقم: (٤١٥٦).
ود. عبد الغفّار سليمان البنداري في تعليقه على الحديث في المحلّى ٣٢٧/٢-٣٢٨.
وأخرج حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أبو داود في سننه ٤٦٠/١، كتاب الصّلاة، باب مَنْ قال: لا يقطع الصّلاةَ شيءٌ، برقم: (٧١٩).
ومن حديث أنس بن مالك أخرجه الدّارقطني في سننه ١٤٠/١-١٤١، و٣٦٧-٣٦٩، والبيهقي في سننه ٢٧٧/٢-٢٧٨، وقال الشّيخ أحمد محمّد شاكر في تعليق على حديث التّرمذي ١٦٦/٢ بعد ذكره لإسناد الحديث: «وهذا إسنادٌ صحيحٌ».
وأخرجه الإمام مالكٌ في موطّئه ١٥٦/٢ عن عليّ بن أبي طالب وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم بلاغاً، وقد وصّله الإمام ابن عبد البرّ في التّمهيد ٣٤/٥، والاستذكار ٢٧٣/٢-٢٧٤.

٤-حديث عائشة رضي الله عنها قالت: كنت أنام بين يدَيْ رسول الله ﷺ ورِجلاَيَ في قبلته؛ فإذا سجد غمزني فَقَبَضْتُ رِجلَيَّ، وإذا قام بسطتُّهما، وفي رواية: والله لقد رأيتُ النَّبي ﷺ يصلِّي وأنا على السّرير بينه وبين القبلة مضطجعةً، فتبدو لي الحاجةُ فأكره أن أجلس فأُوذِيَ النَّبي ﷺ فأنسلُّ من عند رِجلَيْه[١].

جاء في المنهاج: «استدلّت به عائشة رضي الله عنها والعلماء بعدها على أنّ المرأة لا تقطع صلاةَ الرّجل»[٢]، ومثله في فتح الباري: «وقد استدلّ به على أنّ المرأة لا تقطع الصّلاة»[٣].

وأجاب القائلون بالقطع عنه بما يلي[٤]:

- أنّ المرأة في حديث أبي ذرٍّ رضي الله عنه مطلقةٌ، وفي حديث عائشة رضي الله عنها مقيّدةٌ بكونها زوجته؛ فقد يحمل المطلق على المقيد، ويقال: يتقيّد القطع بالأجنبية لخشية الافتتان بها بخلاف الزّوجة؛ فإنّها حاصلةٌ.

يجاب عن هذا بأنّ عائشة إنّما ردّت على الرّواية التي فيها ورود

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١/٥٨٦، كتاب الصّلاة، باب الصّلاة على الفراش، برقم: (٣٧٨)، وفي باب مَنْ قال: لا يقطع الصّلاة شيء، برقم: (٥٠٤)، ومسلم في صحيحه ١/٣٦٦-٣٦٧، كتاب الصّلاة، باب الاعتراض بين يدي المصلّي، برقم: (٥١٢).
وقولها: «فأنسلّ من عند رِجلَيْه»، أي: رِجلَيَّ السَّرير، كما جاء في روايةٍ أخرى. انظر: فتح الباري ١/٦٩٢.

(٢) شرح مسلم ٤/٤٥١، وانظر: المنتقى ٢/٢٩٥، والمجموع ٣/١٦١.

(٣) فتح الباري لابن حجر ١/٥٨٧، و٦٨٢، و٦٩٩-٧٠٠.

(٤) انظر: فتح الباري ١/٧٠٢-٧٠٣، والمغني ٣/٩٩.

المرأة مطلقةً، بدليل قولها: «شبَّهْتُمُونا بالْحُمُر والكلاب»، ولم يُذكَر إنكارٌ عليها. والله أعلم.

- أنّ حديث عائشة رضي الله عنها واقعة حال يتطرّق إليها الاحتمال، بخلاف حديث أبي ذرٍّ رضي الله عنه؛ فإنّه مسوقٌ مساقَ التّشريع العامّ.

يجاب عنه بمثل ما تقدّم.

- وقالوا: إنّ حديث عائشة -رضي الله عنها- من خصائص النَّبيّ ﷺ؛ لأنّه كان يقدر من مِلْكِ أربه وقد لا يقدر عليه غيره.

ويعترض عليه بأنّ دعوى الخصوصية تحتاج إلى الدّليل.

- قالوا: إنّ حديث أبي ذرٍّ ﷺ وما وافقه، يعارضه أحاديثُ صحيحةٌ غير صريحة، وصريحةٌ غير صحيحة، فلا يُتْرَكُ العمل بحديث أبي ذرٍّ رضي الله عنه الصّريح بالمحتمل، يعني: حديث عائشة وما وافقه.

- قالوا: يحمل قول عائشة رضي الله عنها على إنكار إطلاق كون المرأة تقطع الصّلاةَ في جميع الحالات، وأنّه وضَّحت أنّ المرأة لا تقطع الصّلاةَ إلاّ بالمرور فقط[1].

٥- حديث ابن عبّاس -رضي الله عنهما- قال: أقبلتُ راكباً على أتان[2]، وأنا يومئذ قد ناهزتُ الاحتلام، ورسول الله ﷺ يُصَلِّي بالنّاس بمنًى، فمررتُ بين يدَي الصَّفِّ، فَنَزَلْتُ فأرسلْتُ الأتانَ ترتَع، ودخلتُ في الصَّفِّ فلم يُنْكِر ذلك عَلَيَّ أحدٌ[3].

---

(١) انظر: تعليق د. عبد الغفّار سليمان البنداوي على الحديث في المحلّى ٢/٣٣٠.

(٢) الأتان: هي الأنثى من جنس الحمير. انظر: شرح مسلم ٤/٤٤٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١/٦٨٠، كتاب الصّلاة، باب سترة الإمام سترةُ مَنْ =

ووجه الاستدلال؛ حيث دَلَّ إقرارُ النَّبيّ ﷺ له على المرور بين يدي بعض الصَّفِّ على الإباحة والجواز؛ لأنّ النَّبيّ ﷺ لا يُقِرُّ على المنكر؛ فدلّ على أنّ الحمار لا يقطع الصّلاة[١].

أجيب عن هذا بأنّ مروره كان خلف الإمام بين يدَي الصّفّ، وسترة الإمام سترةٌ لِمَن خلفه بلا خلافٍ[٢].

٦-حديث أمّ سلمة رضي الله عنها قالت: كان النَّبيّ ﷺ يُصَلِّي في حُجْرَة أمّ سلمة، فَمَرَّ بين يديه: عبد الله، أو عمر بن أبي سلمة، فقال بيده فرجع، فَمَرَّت زينبُ بنت أمّ سلمة، فقال بيده: هكذا فَمَضَتْ، فلمّا صلّى رسول الله ﷺ قال: ((هُنَّ أغلبُ))[٣].

قال في الاستذكار: ((ألا ترى أنّه لم يُعِدْ صلاتَهُ، وهذا رَدٌّ على مَنْ

=

خلفه برقم: (٤٨٣)، ومسلم في صحيحه ٣٦١/١، كتاب الصّلاة، باب ستر المصلّي، برقم: (٥٠٤)، واللّفظ له.

(١) انظر: الاستذكار ٢٧٢/٢، والمنتقى ٢٩٣/٢-٢٩٤، والمجموع ١٦١/٣.

(٢) انظر: الاستذكار ٢٦٣/٢-٢٦٤، و٢٦٨، و٢٧٢، والمنتقى ٢٩٤/٢، وعارضة الأحوذي ١٣٣/٢، وشرح مسلم ٤٤٣/٤، و٤٤٥، والمغني ٩٧/٣.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ٣٠٥/١، كتاب إقامة الصّلاة السّنة فيها، باب ما يقطع الصّلاة، برقم: (٩٤٨)، قال في الزّوائد: ((في إسناده ضعفٌ))، وضعّفه الألباني في: ضعيف ابن ماجه برقم: (١٩٨)، والسّلسلة الضّعيفة برقم: (٤٧٤٣)، والجامع الصّغير برقم: (١٤٢٥٨).

ورواه الإمام أحمد في مسنده ٢٩٤/٦، ورواه الإمام ابن عبد البرّ بسنده في الاستذكار ٢٦٦/٢، و٢٦٨.

وقال البهوتي في شرح منتهى الإرادات ٤٤٠/١: ((رواه أحمد وابن ماجه بإسنادٍ حسنٍ))، وكذا حسّنه الزّيلعي في نصب الرّاية ٨٥/٢؛ فالحديث حسنٌ.

قال: المرأةُ تقطعُ الصّلاةَ»[١]، وقال في المغني: «وهذا يدلّ على أنّ النّبيّ ﷺ لم يجتهد في الدَّفْع»[٢].

٧-ودليلهم من جهة المعنَى: أنّ كلّ ما لا يقطع صلاةَ المأموم؛ فإنّه لا يقطع صلاة الإمام كالطّائر يطير[٣].

واستدلّ أصحاب المذهب الثّاني القائلون بانقطاعها بالكلب الأسود البهيم فقط بحديث أبي ذرٍّ ﷺ المتقدّم وفيه: «فإنّه يقطع صلاتَهُ الحمارُ والمرأةُ والكلبُ الأسودُ».

وقد قال الإمام أحمد رحمه الله: «الذي لا أشكّ فيه أنّ الكلبَ الأسودَ يقطع الصّلاةَ، وفي نفسي من الحمار والمرأة شيءٌ»[٤]. وَوُجِّهَ بأنّه لم يَجِدْ في الكلب الأسود ما يعارضه، وَوَجَدَ في الحمار حديث[٥] ابن عبّاس -رضي الله عنهما-، وَوَجَدَ في المرأة حديث[٦] عائشة -رضي الله عنها-.

وأجيب عنه أنّه قد ثبت أنّ الحكمة في تقييد الكلب بالأسود هي أنّه شيطان، والمعلوم أنّ الشّيطان لو مرَّ بين يدي المصلّي لم تفسد صلاته بمجرّد مروره[٧].

---

(١) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٢/٢٦٨.
(٢) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٣/٩٣.
(٣) انظر: المعونة ١/٢٩٥، والمنتقى ٢/٢٩٥.
(٤) انظر: سنن التّرمذي ٢/١٦٣، وكتاب المسائل ص ٣٨١، [٢٨٩]، وشرح مسلم ٤/٤٥٠، وإحكام الأحكام ص ٣٧٧، وفتح الباري ١/٧٠١.
(٥) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.
(٦) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.
(٧) انظر: فتح الباري ١/٧٠١، وإعلام الموقّعين ص ٣٦٢-٣٦٣.

استدلّ أصحاب المذهب الثّالث القائلون: بأنّه يقطع الصّلاةَ الكلبُ الأسودُ، والمرأةُ إذا مَرَّتْ والحمارُ بما يلي:

١-قوله ﷺ في حديث عائشة وأبي هريرة -رضي الله عنهما-: «يقطعُ الصّلاةَ الكلابُ والحمارُ والمرأةُ»[١].

٢-قوله ﷺ :«اللّهم اقطع أَثَرَهُ»،وفي رواية:«قطع صلاتَنَاقطع الله أَثَرَهُ»[٢].

وأجيب عن أحاديث القطع بأنّ حديث عائشة -رضي الله عنها- ناسخٌ لها[٣].

وأنّ حديثهم الثّاني لا يصحّ.

وقد حُمِلَ حديث قطع المرأة الصّلاة على ما إذا أشغلته، فَمَنْ أمن ذلك لم يضرَّ في حقّه. قال في فتح الباري: «قصد البخاري أنّ شغل المصلّي بالمرأة إذا كانت في قبلته على أيّ حالةٍ كانت أشدّ من شغله بالرّجل، ومع ذلك فلم تضرَّ صلاته ﷺ ؛ لأنّه غير مشتغلٍ بها؛ فكذلك لا تضرّ صلاة مَنْ لم يشتغل بها، والرّجل من باب الأَوْلَى، وحكم الرّجل والمرأة واحدٌ في الأحكام الشّرعية»[٤].

---

(١) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة عند الشّيخين.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ١/٤٥٤-٤٥٥، كتاب الصّلاة، باب ما يقطع الصّلاة، برقم: (٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧)، وفي إسناده مجهول، وهو مولى يزيد بن نمران. وضعّفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم: (١٣٨-١٤٠). انظر: تعليق د. عبد الغفّار سليمان البنداري على الحديث في المحلّى ٢/٣٢٧، هامش: (١).

(٣) انظر: فتح الباري ١/٧٠١.

(٤) فتح الباري لابن حجر ١/٦٩٩، و٧٠٠-٧٠٢.

وقد قيل: إنّ العلّة في قطع الصّلاة بها ما يحصل من التّشويش، وقد قالت عائشة رضي الله عنها: إنّ البيوت يومئذٍ لم يكن فيها مصابيح؛ فإذا انتفت العلّة انتفى المعلول ضرورةً[1].

وقيل: المراد بالقطع: نقص الخشوع لا الخروج من الصّلاة، وهذا مثل ما تقدّم من حمله على ما إذا اشتغل بها المصلّي[2].

واستدلّ أصحاب القول الثّالث بتقييد الكلب بالأسود والمرأة بالحائض بما يلي:

١-بحديث أبي ذرٍّ ﷺ المتقدّم الذي فيه تقييد الكلب بالأسود.

٢-حديث ابن عبّاس -رضي الله عنهما- قال: يقطعُ الصّلاةَ المرأةُ الحائضُ والكلبُ[3].

ولعلّ القول الرّاجح هو القول بأنّه لا يقطع الصّلاةَ شيءٌ مرّ بين يدِي المصلّي، لا رجل ولا امرأة ولا غيرهما، وأنّه لا يقطع الصلاةَ إلاّ الحَدَثُ وغيره مِمّا جاءت به الشّريعة.

قال في التّمهيد: «والصّحيح عندنا أنّ الصّلاة لا يقطعها شيءٌ مِمّا يَمُرُّ بين يدي المصلّي بوجهٍ من الوجوه، ولو كان خِنْزيراً، وإنّما يقطعها

---

(١) انظر: فتح الباري ٧٠٢/١.

(٢) انظر: فتح الباري ٧٠١/١.

(٣) أخرجه أبوداود في سننه ٤٥٣/١، كتاب الصّلاة، باب ما يقطع الصّلاةَ، برقم: (٧٠٣).
صحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (٦٥١)، وصحيح ابن ماجه برقم: (٧٧٤-٧٧٨)، والجامع الصّغير برقم: (١٤٠٨٨-١٤٠٩٠).
وانظر: معالم السّنن ٤٥١/١، وإحكام الأحكام ص ٣٧٦، وفتح الباري ٧٠١/١.

ما يُفْسِدُها من الحدث وغيره مما جاءت به الشّريعة»[١].

وأمّا أحاديث القطع الصّحيحة؛ فإنّ من أحسن الجواب عنها أن يقال:

أوّلاً: إنّ المراد بالقطع؛ القطع عن الخشوع والذِّكْر للشّغل بها والالتفات إليها، لا أنّها تفسد الصّلاة وتبطلها[٢].

ثانياً: إنّ هذه الأحاديث منسوخةٌ بالحديث المتقدّم: «لا يقطع الصّلاةَ شيءٌ»، وقد نازع كثيرٌ[٣] من أهل العلم دعوى النّسخ، لكنّ التّحقيق ترجيح النّسخ، وهو الذي ارتضاه واختاره الشّيخ أبو الأشبال أحمد محمّد شاكر؛ حيث قال:

«والصّحيح الذي أرضاه وأختاره أنّها -أحاديث القطع- منسوخةٌ بحديث: (لا يقطع الصّلاةَ شيءٌ)... وقد حقّقتُ ترجيح النّسخ في تعليقي على المحلّى[٤]، وقلت: إنّ قول النّبيّ ﷺ: (لا يقطع الصّلاةَ شيءٌ) فيه إشارةٌ إلى أنّه كان معروفاً عند السّامعين قطعها بأشياء من هذا النّوع، بل

(١) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٥/٣٤، وانظر: الاستذكار ٢/٢٧٤.

(٢) قال النّووي في المجموع ٣/١٦١ بعد ذكره لهذا الجواب: «ويدلّ على صحّة هذا التّأويل أنّ ابن عبّاس رضي الله عنهما أحد رواة -الحديث- قطع الصّلاة بذلك، ثم روي عن ابن عبّاس رضي الله عنهما حمله على الكراهة؛ فهذا الجواب هو الذي نعمده،وأمّا ما يدّعيه من أصحابناوغيرهم من النّسخ فليس بمقبول؛إذ لا دليل عليه».
انظر: معالم السّنن١/٤٦٠، وبدائع الصّنائع١/٥٠٩، والمنتقى٢/٢٩٥، وشرح مسلم٤/٤٥٠-٤٥١.

(٣) مِنْهُم: الإمام النّووي وابن حجر. انظر: المجموع ٣/١٦١، وشرح مسلم ٤/٤٥١، وفتح الباري ١/٧٠١، والمغني ٣/٩٤.

(٤) المحلّى لابن حزم ٢/٣٢٧-٣٣٠.

هو يكاد يكون كالصّريح فيه لِمَنْ تأمَّل وفكَّر في معنَى الحديث...، ويؤيّد هذا أنّ رسول الله ﷺ صلّى بالنّاس فَمَرَّ بين أيديهم حمارٌ، فقال عياش[1] بن أبي ربيعة: سبحان الله، سبحان الله، سبحان الله! فلما سلّم رسول الله ﷺ قال: مَنِ الْمُسَبِّح آنفاً سبحان الله؟ قال: أنا يا رسول الله، إنِّي سمعتُ أنّ الحمار يقطع الصّلاةَ، فقال رسول الله ﷺ : «لا يقطع الصّلاةَ شيءٌ»،وهذا إسنادٌ صحيحٌ...،وهو صريحٌ في الدّلالة على أنّ الأحاديث التي فيها الحكم بقطع الصّلاة بالمرأة والحمار والكلب منسوخةٌ؛فقد سمع عياش أنّ الحمار يقطع الصّلاةَ، وعياش من السّابقين الذين هاجروا الهجرتَين، ثم حُبِسَ بمكّة، وكان رسول الله ﷺ يدعو له في القنوت، كما ثبت في الصّحيحين[2]؛ فَعَلِمَ الحكمَ الأوَّلَ، ثم غاب عنه نَسْخُهُ؛ فأَعْلَمَهُ رسول الله ﷺ بَعْدُ: أنّ الصّلاة لا يقطعها شيءٌ، وهذا تَحقيقٌ دقيقٌ، واستدلالٌ طريفٌ لم أرَ مَنْ سبقني إليه»[3].

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّ المرأة كالرّجل في صفة الوضوء ومسح الخفّين[4].

---

(١) هو الصّحابي الجليل أبو عبدالرّحمن، وقيل: عبدالله، عيّاش بن أبي ربيعة-عمرو- بن المغيرة بن عبدالله بن عمر بن مخزوم، كان إسلامه قديماً قبل أن يدخل رسول الله ﷺ دار الأرقم، وهاجر رضي الله عنه إلى الحبشة مع امرأته أسماء بنت سلمة مُخَرِّبة، مات بِمكّة.
انظر: الاستيعاب ٣/١٢٣٠-١٢٣٢، برقم: (٢٠٠٩).

(٢) صحيح البخاري ٢/٥٧٢، أبواب الاستسقاء، باب دعاء النّبيّ ﷺ : «اجعلها كسني يوسفَ»، برقم: (٩٨٢)، وصحيح مسلم ١/٤٦٧، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، باب استحباب القنوت في جميع الصّلاة إذا نزلت بالمسلمين نازلةٌ، برقم: (٦٧٥).

(٣) تعليق أبي الأشبال الشّيخ أحمد شاكر على الحديث عند التّرمذي ٢/١٦٤-١٦٦.

(٤) انظر: رسالة القيروانِي ص ٨١، و٨٧، والثّمر الدّانِي ص ٥٣، والمجموع ١/٢٢٦، =

٢-أنّه يجب الغسل على المرأة بالإنزال في المنام كالرّجل[١].

٣-أنّه ليس على المرأة أذان ولا إقامة، ولكن إن أقامت فَحَسَنٌ[٢].

٤-أنّ المرأة كالرّجل في أعمال الصّلاة إلاّ أنّ المرأة يستحبّ لها أن تضمّ بعضها إلى بعضٍ، وأن تلصق بطنها بفخذيها في السّجود كأستر ما يكون، وأحبّ ذلك لها في الرّكوع وفي جميع الصّلاة، وأن تكثف جلبابها وتجافيه راكعةً وساجدةً لئلاّ تصفها ثيابها، وأن تخفض صوتها، وإن نابها شيء في صلاتها صفقت[٣].

قال في المجموع: «المرأة كالرّجل في أركان الصّلاة وشروطها وأبعاضها، وأمّا الهيئات المسنونات فهي كالرّجل في معظمها وتخالفه فيما ذكره الشّافعي، ويخالف النّساءُ الرّجالَ في صلاة الجماعة في أشياء:

أحدها: لا تتأكّد في حقّهِنّ كتأكّدها في حقّ الرّجال.

الثّاني: تقف إمامتهنّ وسطهنّ.

الثّالث: تقف واحدتهنّ خلف الرّجل لا بجنبه بخلاف الرّجل.

الرّابع: إذا صلّين صفوفاً مع الرّجال فآخر صفوفهنّ أفضل من

=

و٢٦٠، والمغني ١/٣٧٩، و٢/٢٥٨.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٤٦، والاستذكار ١/٣٣٦، والتّمهيد ٢/٣٣٢-٣٣٥، والمنتقى ١/٢٠٥-٢٠٧، وشرح الزّرقاني ١/١٥١، و١٥٥، والتّاج والإكليل ١/٤٤٥.

(٢) وقد تقدّم أوّل القاعدة.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٥/١٧٧، والمبسوط ١/١٣٢، و١٣٨، وبدائع الصّنائع ١/٣٧٢، وحاشية ابن عابدين ١/٤٨٣، ورسالة القيرواني ص٩٠، و١٢٤، والذّخيرة ٢/١٩٣، وشرح الزّرقاني ١/١٥١، و١٥٥، والمهذّب ١/١٩٦، والمجموع ٣/٣٤٣، والمغني ١/٣٧٩، و٢/٢٥٨، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٥٩.

أوّلها»[١].

٥-أنّ السّنة لِمَنْ نابه شيءٌ في صلاته كإعلام مَنْ يستأذن عليه وتنبيه الإمام وغيرِ ذلك، أَنْ يُسَبِّح إن كان رجلاً؛ فيقول: سبحان الله، وأَنْ تُصفِّق إن كانت امرأة؛ لقوله ﷺ: «التَّسْبيحُ للرِّجالِ والتَّصْفيقُ للنِّساء»[٢]؛ فتضرب بطن كفّها الأيمن على ظهر كفّها الأيسر، لا تضرب بطن كفٍّ على بطن كفٍّ على وجه اللّعب واللّهو؛ فإنْ فعلت ذلك على جهة اللّعب بطلت صلاتها لمنافاته الصّلاة؛ أمّا منع النِّساء من التَّسبيح؛ فلأنّها مأمورةٌ بِخفض صوتها خارج الصّلاة وداخلها، ومنع الرّجال من التّصفيق؛ لأنّه من شأن النِّساء[٣].

٦-وجوب الكفّارة على المرأة إذا طاوعت زوجتها على الجماع في نهار رمضان ما لم يكن لها عذر[٤].

٧-أنّ المرأة تخالف الرّجل في موقف الإمام عند صلاة الجنازة؛ حيث يقف الإمام عند رأس رجلٍ، ووسط امرأةٍ، وذلك لثبوت النّصّ بذلك[٥].

---

(١) المجموع ٣/٣٤٣، وانظر: المغني ١/٣٧٩، و٢/٢٥٨.

(٢) متّفقٌ عليه؛ أخرجه البخاري في صحيحه٣/٩٣، أبواب العمل في الصّلاة، باب التّصفيق للنِّساء، برقم: (١١٧٣)، ومسلم في صحيحه ١/٣١٨، كتاب الصّلاة، باب تسبيح الرّجل وتصفيق المرأة، برقم: (٤٢٢).

(٣) انظر: شرح مسلم ٤/٣٦٦، وفتح الباري ٣/٩٣.

(٤) انظر: حاشية الطّحطاوي على مراقي الفلاح ١/٤٤٠، وبداية المجتهد ٢/١٨٣، والإنصاف للمرداوي ٣/٥٢١، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٢٥، وفتح الباري ٤/١٧٠.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٩-٥٠، ورسالة القيرواني ص ١٥٤، وبداية المجتهد ١/٢٧٣، وشرح القلشاني ٢/١٠٤٩، والمهذّب ١/٤٣٤، والمجموع ٥/١٣١، ومنتهى الإرادات ١/١١١، وشرح منتهى الإرادات ٢/١٠٩.

٨-أنّ المرأة كالرّجل في استحباب التّطوّع بالحج[١].

٩-أنّ إحرام المرأة في الحجّ والعمرة كالرّجل إلاّ في اللّباس وتجنّب البرقع والقفازين وتغطية وجهها؛ لأنّ إحرامها في وجهها بحيث يحرم عليها تغطية وجهها كما يحرم على الرّجل تغطية رأسه، ويباح لها التّحلّي[٢].

قال في التّمهيد: ((وفي معنَى ما ذُكر في هذا الحديث من القمص والسّراويلات والبرانس، يدخل المخيط كلّه بأسرّه، فلا يجوز لباس شيءٍ منه للمحرم عند جميع أهل العلم.

وأجمعوا أن المراد بهذا الخطاب في اللّباس المذكور الرّجال دون النّساء.

وأنّه لا بأس للمرأة بلباس القميص والدّرع والسّراويل والخمر والخفاف))[٣].

قال في المجموع: ((أمّا أركان الحجّ والعمرة فلا يختلف الرّجل والمرأة في شيءٍ منها، وإنّما يختلفان في هيئات الإحرام، فهي تخالفه في خمسة أشياء:

أحدها: أنّها مأمورةٌ بلبس المخيط كالقميص والقباء والسّراويل والخفين، وما هو أستر لها؛ لأنّ عليها ستر جميع بدنها غير وجهها وكفّيها، والرَّجْلُ مَنْهِيٌّ عن المخيط وتلزمه به الفدية.

الثّانِي: أنّها مأمورةٌ بخفض صوتها بالتّلبية، والرّجل مأمورٌ برفعه؛ لأنّ

---

(١) انظر: الذّخيرة ١٩٣/٢، والفروع ٤٧٤/١.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٢٨/٢، ورسالة القيرواني ص ١٧٩، و١٨٠، والتّمهيد ٢٣/٨، و٢٤، و٢٦، والقوانين الفقهية ص ٩٢، والمجموع للنّووي ٢٣٥/٧، وأحكام النّساء ص ٧٢-٧٤، وزاد المستقنع ٨٧/١، والعدّة شرح العمدة ١٦٦/١.

(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٢٣/٨، و٢٤، و٢٦.

صوتها يفتن.

الثّالث: أنّ إحرامها في وجهها فلا تغطيه، فإن سَتَرَتْه لَزِمَها الفدية، وللرّجل ستره ولا فدية عليه.

الرّابع:ليس للرّجل لبس القفّازين بلا خلاف،وفي المرأةقولان مشهوران.

الخامس: يستحبّ لها أن تختضب لإحرامها بحنّاء، والرّجل مَنْهِيٌّ عن ذلك»[1].

١٠-أنّ المرأة كالرّجل في محظورات الإحرام تمامًا، إلاّ ما استثني منها لبس المخيط والتّظليل[2].

١١-أنّ المرأة كالرّجل في دخول مكة للنّسك، في هيئات الطّواف والسّعي والإحلال والبقاء على الإحرام والوقوف بعرفات وسائر المناسك،ولكن تفارقه في أحكامٍ؛منها:

أنّها في الطّواف لا ترمل في الأشواط الثّلاثة، ولا تضطبع، فإنّ الرّمل والاضطباع يشرعان للرّجل دونها.

وأنّها في السّعي لا تشتدّ بين العلمين بل تمشي جميع المسافة بين الصّفا والمروة بخلاف الرّجل؛ ومن ذلك أنها لا ترفع صوتها بالتّكبير على الشّرفين، ولا يجب عليها أن ترقى على الصفا والمروة[3].

وأنّها في الوقوف بعرفات يستحبّ لها أن تكون جالسةً والرّجل قائماً.

---

(١) المجموع للنّووي ٧/٢٣٥.

(٢) انظر: إجماع ابن المنذر ص ١٦-٢٤، وأحكام النّساء ص٧٢-٧٤، والفروع ٣/٣٣٣، والعدّة ١/١٦٦.

(٣) انظر: أحكام النِّساء ص ٧٣، وشرح العمدة ٣/٤٧٨، والعدّة شرح العمدة ١/١٧٧.

وفي سائر المناسك يستحبّ للرّجل رفع يده في رمي الجمار ولا يستحبّ للمرأة.

يستحبّ للرّجل أن يذبح نسكه، ولا يستحبّ ذلك للمرأة.

الحلق في حقّ الرّجل أفضل من التّقصير، وتقصيرها هي أفضل من حلقها، بل حلقها مكروهٌ(١).

١٢-أنّ أمان المرأة جائزٌ ومُؤَثِّرٌ في القتل كالرّجل، وأنّه إذا أمّنت مَنْ أمّنت حُرِّم قتلُهُ وَحُقِن دَمُهُ، وأنّها لا فرق بينها في ذلك وبين الرّجل وإن لم تكن تقاتل(٢).

١٣-أنّه تجب إقامة حدّ الجلد في الزّنى وحدّ القذف والشّرب على المرأة كالرّجل، إلاّ أنّها تُضْرَبُ جَالِسَةً، وتُشَدُّ عَلَيهَا ثِيَابُهَا، وتُمْسَكُ يداها لئلاّ تنكشف(٣).

١٤-أنّها كالرّجل في إباحة دمها بالرّدّة والقتل بها(٤).

١٥-أنّ المرأة كالرّجل سواء في إثبات الحجّة بالعمل بخبر الواحد العدل(٥).

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٢٨/٢، ورسالة القيرواني ص ١٧٩، والمجموع للنّووي ٢٣٥/٧-٢٣٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٧٢/٦، والاستذكار ٢٥٣/١-٢٥٤، وبداية المجتهد ٣٣٥/٢-٣٣٦، تفسير القرطبي ٧٢/٨-٧٢، والأم ٢٢٦/٤، والوسيط ٤٣/٧، والعدّة شرح العمدة ٢١٤/٢، ومنتهى الإرادات ٢٣٣/١، وشرح منتهى الإرادات ٧٨/٣، وفتح الباري ٣١٥/٦.

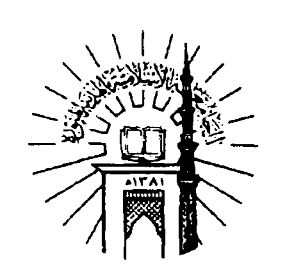
(٣) انظر: الاستذكار ١٧٠/٧، وفتح الباري ٢٨٤/١٢، والمبدع ٤٨/٩.

(٤) انظر: المغني ٢٦٤/١٢، وفتح الباري ٢١٠/١٢، و٢٨٤.

(٥) انظر: التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٤٠/٢٢.

فهرس محتويات الجزء الأول

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
عمادة البحث العلمي
رقم الإصدار: (١١٥



القواعد والضوابط الفقهية

من خلال كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

لابن رشد الحفيد (٥٩٥ هـ)

جمعاً ودراسة

تأليف الدكتور
عبد الوهاب بن محمد جامع إيليش

الجزء الثاني

الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

القواعد والضوابط الفقهية

من خلال كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

لابن رشد الحفيد (٥٩٥ هـ)

جمعاً ودراسة

ⓒ الجامعة الإسلاميّة ، ١٤٣٠ هـ

فهرس مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

ايليشين، عبد الوهاب بن محمد جامع

القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ) جمعاً ودراسة

عبد الوهاب بن محمد جامع ايليشين ـ المدينة المنورة ، ١٤٣٠ هـ

٢١٦٦ ص ، ١٧ × ٢٤ سم

ردمك : ٤ ـ ٦٠٨ ـ ٠٢ ـ ٩٩٦٠ ـ ٩٧٨

١ ـ الفقه الإسلامي ـ مذاهب ـ تاريخ أ ـ العنوان

ديوي ٢٥٨ ١٤٣٠/٥٦٠١

رقم الإيداع: ١٤٣٠/٥٦٠١

ردمك : ٤ ـ ٦٠٨ ـ ٠٢ ـ ٩٩٦٠ ـ ٩٧٨

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه نوقشت في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة وحصلت على تقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى

المبحث السّادس: القاعدة الثّامنة عشرة [١٨]

[حُكْمُ العَبْدِ في التّكاليفِ حُكْمُ الحُرِّ إلاّ ما أخْرَجَهُ الدّليلُ]

ذكرها ابن رشد في المسألة الثّالثة من مسائل الباب الأوّل في معرفة الطّلاق البائن والرّجعي(١)، وهي مسألة: تأثير الرّقّ في نقصان عدد الطّلاق

---

(١) الطّلاق شرعاً هو: حَلُّ العصمة المنعقدة بين الزّوجين بألفاظ مخصوصة.
وهو على نوعين: بائنٌ ورجعيٌّ. والبائن أيضاً على قسمَين: بينونةٌ كُبرى، وبينونةٌ صغرى. أمّا الكبرى فهي التي تقع قبل الدّخول، أو بعد الدّخول عقب الطّلقة الثّالثة، أو يطلّقها ثلاث تطليقات مجتمعة في كلمة أو متفرّقة في كلمات في الحرّ وثنتان في الرّقّ، أو من قبل العوض في الخُلع، وهي البينونة المُوجبة للتّحريم إلاّ بعد زوجٍ، فلا تحلّ لزوجها وليس له ارتجاعها حتّى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها، ثم يطلّقها الثّاني، أو يموت عنها، دلّ عليه قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾، [البقرة: ٢٣٠].
وأمّا البينونة الصّغرى فهي أنْ يطلّق زوجته الطّلقة الأولى أو الثّانية، ثم لا يراجعها حتّى تنقضي عدّتها؛ فإذا انقضت عدّتها بانت منه بينونةً صغرى؛ ويعني ذلك: أنّ له أن يكون أحدَ خُطّابها، ويَعْقدَ عليها مرّةً أخرى من غير أن تنكح زوجاً غيره.
والطّلاق الرّجعي هو الّذي يملكُ فيه الزّوج رجعة زوجته المطلّقة ما دامت في عدّتها من غير اختيارها إذا كان مدخولاً بها.
انظر: مختصر القدوري ص١٥٩، والهداية ٢٤٠/١، و٢/٦-١٠، ورسالة القيرواني ص ٢٠٢، والمعونة ٨٢٥/٢-٨٢٩، وبداية المجتهد ١١٧/٣، وتفسير القرطبي ١٢١/٣-١٢٣-١٢٧، و١٤٠-١٤١، وحدود ابن عرفة ٢٨٧/١، ومختصر المزني ص ٢٦٨-٢٧٠، والمهذّب ٩٠/٣، والمجموع ٢٨٤/١٨، ومنتهى الإرادات ١٧٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٠٥/٥، والمحلّى ١٣/١٠، و٢٥، وإجماع ابن =

دليلاً للظّاهرية؛حيث قال:«المسألة الثّالثة:وأمّا كون الرّقّ مؤثّراً في نقصان عدد الطّلاق؛ فإنّه حكَى قومٌ أنّه إجماعٌ[1]؛ وأبو محمّد بن حزم وجماعةٌ من أهل الظّاهر مخالفون فيه، ويرون أنّ الحرّ والعبد في هذا سواء[2].

وسبب الخلاف معارضة الظّاهر في هذا القياس، وذلك أنّ الجمهور صاروا إلى هذا المكان قياس[3] طلاق العبد والأمة على حدودهما، وقد

=

المنذر ص ٤٣-٤٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٦٢-٢٦٣، وإجماع ابن عبد البرّ ص ٢٦١-٢٦٣.

(١) حكى الإجماع ابن قدامة في المغني ٥٣٤/١٠؛ حيث قال: «ولا خلاف في أنّ الحرّ الذي زوجتُهُ حُرَّةٌ طلاقُهُ ثلاثٌ، وأنّ العبد الذي تحته أَمَةٌ طلاقه اثنتان، وإنّما الخلاف فيما إذا كان أَحدُ الزّوجين حُرّاً والآخر رقيقاً».
وانظر: مختصر القدوري ص١٥٩، ورسالة ابن أبي زيد ص٢٠٥، والمعونة ٨٢٥/٢، و٨٢٧، وأحكام ابن العربي ٢٦٠/١، والمهذّب ٢٢/٣، وزاد المستقنع ص١٢١، ومنتهى الإرادات١٤٨/٢، وشرح منتهى الإرادات٤٠١/٥.

(٢) انظر: المحلّى ١٣/١٠، ٢٥.

(٣) وقد ردّ هذا القياس كلٌّ من ابن رشد وابن حزم. قال ابن رشد في بداية المجتهد ١٢١/٣-١٢٢: «ويشبه أن يكون قياسُ الطّلاق على الحدّ غير سديد؛ لأنّ المقصود بنقصان الحدّ رخصةٌ للعبد لمكان نقصه، وأنّ الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحرّ، وأمّا نقصان الطّلاق فهو من باب التّغليظ؛ لأنّ وقوع التّحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من النّدم، والشّرع إنّما سلك في ذلك سبيل الوسط، وذلك أنّه لو كانت الرّجعة دائمةً بين الزّوجة لعنتت وشقيت، ولو كانت البينونة واقعةً في الطّلقة الواحدة لعنت الزّوج من قبل النّدم، وكان ذلك عسراً عليه، فجمع الله بهذه الشّريعة بين المصلحتين».
وقال ابن حزم في المحلّى ٥٠٩/٩-٥١٠: «وأمّا قياسهم على القذف والزّنا والعدّة؛ فهلاّ قاسوه على ما اتّفق عليه جميع أهل الإسلام من أنّ عدّة الأمة بوضع الحمل كعدة الحرّة؟!

=

أجمعوا على كون الرّقّ مؤثّراً في نقصان الحدّ.

أمّا أهل الظّاهر فلما كان الأصل عندهم أنّ **حكم العبد في التّكاليف حكم الحرّ إلاّ ما أخرجه الدّليل**، والدّليل عندهم هو نصٌّ أو ظاهرٌ من الكتاب أو السّنة، ولم يكن هناك دليلٌ مسموعٌ صحيحٌ؛ وَجَبَ أن يبقى العبد على أصله»[(١)].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب الفقهاء وغيرهم منها:

ما جاء في قواطع الأدلّة: «يدخل العبيد في المطلق من الأوامر والنّواهي مثل ما يدخل الأحرار»[(٢)].

ما جاء في روضة النّاظر: «ما ورد من خطاب مضافاً إلى النّاس والمؤمنين دخل فيه العبد؛ لأنّه من جملة مَنْ يتناوله اللّفظ، وخروجه عن بعض التّكاليف لا يوجب رفع العموم فيه؛ كالمريض والمسافر والحائض»[(٣)].

ما جاء في الإنصاف: «المرأة كالرجل، والعبد كالحر، على الصحيح

=

ومن أنّ حدّ العبد والأمة في القطع في السّرقة وفي الحرابة كلّ ذلك سواء كالحرّ والحرة؟!».

ثم قال: «...فإذ لا نصّ في الفرق بين طلاق العبد وطلاق الحرّ، ولا بين طلاق الأمة وطلاق الحرّة، فلا يحلّ تخصيص القرآن في أنّ الطّلاق لا يحرم إلاّ بثلاث في حرٍّ وعبد، أو حرّة أو أمة بالدّعوى بلا برهان وبالله تعالى نتأيّد».

(١) بداية المجتهد ٣/١٢١.

(٢) قواطع الأدلّة للسّمعاني ١/٢٠٦.

(٣) روضة النّاظر لموفّق الدّين ابن قدامة ٢/٩٤، وانظر: شرح مختصر الروضة ٢/٥١٤.

من المذهب وعليه أكثر الأصحاب»[١].

ما جاء في المحلّى: «مسألة: وجائزٌ أن يَلِيَ العبدُ القضاءَ؛ لأنّه مخاطبٌ بالأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر وبقول الله -تعالى-: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾[٢].

وهذا مُتَوَجَّهٌ بِعمومه إلى الرّجل والمرأة، والحرّ والعبد، والدِّين كلّه واحدٌ، إلاّ حيث جاء النّصّ بالفرق بين المرأة والرّجل، وبين الحرّ والعبد؛ فيُستثنَى حينئذٍ من عموم إجمال الدِّين»[٣].

ما جاء إرشاد الفحول: «إنّ الذي عليه أتباع الأئمة الأربعة أنّهم -العبيد- يدخلون اتّباعاً لموجب الصّيغة ولا يخرجون إلاّ بدليلٍ»[٤].

شرح مفردات القاعدة:

حكم: الحُكْم لغةً: القضاء وأصله المنع، ومنه اشتقّ الحكمة؛ لأنّها تَمنع صاحبها من أخلاق الأرذال.

والحكم بالشّيء؛ أَنْ تَقضِي بأنّه كذا أو ليس بكذا، سواءٌ ألزمتَ ذلك غَيرَك أو لم تُلْزِمْهُ[٥].

واصطلاحاً: عرّفه في مراقي السّعود بقوله[٦]:

---

(١) الإنصاف للمرداوي (٢٦٩/٦). وانظر: أيضاً ١٢٦/٢، و٤٣٨، و٥٢١/٣.

(٢) سورة النِّساء، الآية: ٥٨.

(٣) المحلّى لابن حزم ٥٢٨/٨.

(٤) إرشاد الفحول للشّوكانِي ص ١٢٨، نقلاً عن التّعليق على قواعد الأدلّة ٢٠٦/١، هامش (٤).

(٥) انظر:المفردات ص١٣٣-١٣٤، ومختار الصّحاح ص١٤٨،والمصباح المنير ص٥٦.

(٦) مراقي السّعود لعبد الله بن الحاج العلوي ص ١٠، وانظر: تنقيح الفصول ٦٦/١، =

والحكم ما به يَجيء الشّرعُ   وأصل كلّ ما يَضرُّ المنع

يعني: أنّ الحكم التَّنْجيزي الذي يترتّب عليه الثّواب والعقاب هو ما جاء به الشّرع عن الله -تعالى- على ألسنة الرّسل؛ فلا حكمٌ تَنْجيزياً يترتّب عليه الثّواب والعقاب قبل بعث الرّسل عليهم الصّلاة والسّلام لقول الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾[1]؛ فقوله: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ﴾، أي: ولا مُثيبين[2].

العَبْدُ: ضدّ الْحُرِّ، و لم يُشْتَقَّ منه فعلٌ، واستعبده وعَبَّدَه: اتّخذه عبداً[3].

قال في المفردات: «يقال على أربعة أضرب:

الأوّل: عَبْدٌ بحكم الشّرع، وهو الإنسان الذي يَصِحُّ بَيْعُهُ وابْتِيَاعُهُ؛ نحو قوله تعالى: ﴿وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾[4]، وقوله: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾[5]، وهذا المعنَى هو المراد في هذه القاعدة.

الثّاني: عَبْدٌ بالإيجاد، وذلك ليس إلاّ لله وإيّاه قَصَدَ بقوله تعالى: ﴿إِن كُلُّ مَن فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ إِلَّآ ءَاتِى ٱلرَّحْمَٰنِ عَبْدًا﴾[6].

الثّالث -والرّابع-: عَبْدٌ بالعبادَةِ والخِدْمَة والنّاسُ في هذا ضربان:

=

ومذكّرة أصول الفقه ص١١٩، وتسهيل الوصول إلى فهم علم الأصول ص٨.

(١) سورة الإسراء، الآية: ١٥.

(٢) انظر: نثر الورود ص ٤٣-٤٤.

(٣) انظر: مختار الصّحاح ص ٤٠٧، والمصباح المنير ص ١٤٧-١٤٨.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٧٨.

(٥) سورة النّحل، الآية: ٧٥.

(٦) سورة مريم، الآية: ٩٣.

- عَبْدٌ لله مُخلصٌ، وهو المقصود بقوله: ﴿ وَٱذۡكُرۡ عَبۡدَنَآ أَيُّوبَ ﴾[1]،﴿ إِنَّهُۥ كَانَ عَبۡدٗا شَكُورٗا ﴾[2]،﴿ نَزَّلَ ٱلۡفُرۡقَانَ عَلَىٰ عَبۡدِهِۦ ﴾[3]،﴿ عَلَىٰ عَبۡدِهِ ٱلۡكِتَٰبَ ﴾[4]...
- وعَبْدٌ للدُّنيا وأعراضها، وهو الْمُعتكِف على خِدْمَتِها ومُراعَاتها وإيّاه قصد النَّبيّ عليه الصّلاة والسّلام بقوله: (تَعِسَ عَبْدُ الدِّينار والدِّرهم)[5]، وعلى هذا النّحو يصحّ أن يُقالَ: ليس كلُّ إنسان عبداً لله؛ فإنّ العَبْدَ على هذا بِمعنَى العابد، لكن العبد أبلغ من العابد والنّاسُ كلّهم عِبَادُ الله بل الأشياء كلّها كذلك لكنْ بعضُهَا بالتَّسخير وبعضُهَا بالاختيار، وجَمعُ العبد الذي هو مُسْتَرَقٌّ: عَبِيدٌ، وقيل: عِبِداً، وجمع العبد الذي هو العابدُ عِبَادٌ»[6].

والمعنَى الأوّل –عَبْدٌ بحكم الشّرع– هو المراد هنا.

التّكاليف: جمع تكليف، وهو لغةً إلزام ما فيه كلفةٌ أي: مشقّةٌ[7].

واصطلاحا: هو مقتضى خطاب الله تعالى المتعلّق بأفعال المكلّفين على جهة الاقتضاء أو التّخيير[8].

---

(١) سورة ص، الآية: ٤١.
(٢) سورة الإسراء، الآية: ٣.
(٣) سورة الفرقان، الآية: ١.
(٤) سورة الكهف، الآية: ١.
(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٩٥/٦، كتاب فضل الجهاد والسّير، باب الحراسة في الغزو في سبيل الله، برقم: (٢٧٩٤).
(٦) المفردات للأصفهاني ص ٣٢٢-٣٢٣.
(٧) انظر: مختار الصّحاح ص ٥٧٦، والمصباح المنير ص ٢٠٥.
(٨) انظر: تنقيح الفصول ٦٦/١، ومذكّرة أصول الفقه ص -١١٩، ونشر الورود ص =

المعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ جليلةٌ شريفةٌ من قواعد المساواة بين أفراد الأُمَّةِ في تناول الشّريعة أفرادَها وتحقيق مقدار اعتبار تلك المساواة ومقدار إلغائها؛ وذلك أنّ المسلمين –ذكراهم وإناثهم، أحرارهم وعبيدهم– مستوون في الانتساب إلى الكلّيّة الشّرعية الإسلامية، والنّصوص الشّرعية تشمل جميع أفراد الأمّة المكلّفين[1]؛ كقوله –تعالى– في غير ما آية: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرْنَا وَٱسْمَعُواْ ﴾[2]، هذا في سياق النّهي، وكقوله تعالى في سياق الأمر: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱسْتَعِينُواْ بِٱلصَّبْرِ وَٱلصَّلَوٰةِۚ إِنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾[4]، فَوَصْفُ الإيمان يشمل التّساوي على الإجمال بجعل المسلمين سواءً في التّكاليف بدون تفاوت فيما لا أثر للتّفاوت فيه بين المسلمين من حيث إنّهم مسلمون؛ فإذا علمنا أنّ المسلمين سواءٌ بأصل الخلقة واتّحاد الدِّين تحقّقنا تساويهم في تعلّق خطاب الشّريعة بهم، لا يؤثّر في ذلك التّساوي مؤثّرٌ من قوّةٍ وضعف، أو حرٌّ ورقٌّ، إلاّ بقدر ما يخرجه الدّليل الشّرعي.

فالحاصل أنّ ماً استوى العبد مع الحرّ في سببه فإنّهما سواء فيه؛ فلذا سوّى الشّرع بينهما في الإيمان والإسلام ووجوب العبادات البدنية؛

=

٤٢–٤٣، وتسهيل الوصول إلى فهم علم الأصول ص ٨، وفتح الباري ٥/٢٠٧.

(١) انظر: مقاصد ابن عاشور ص ٣٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٠٤.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٥٣.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٨٣.

كالطّهارة والصّلاة والصّوم لاستوائهما في سببها، وفرّق بينهما في العبادات المالية؛ كالحجّ والزّكاة والتّكفير بالمال؛ لافتراقهما في سببها[(١)].

ولم يجعل الله -سبحانه- العبد كالحرّ من كلّ وجه؛ لا قدراً ولا شرعاً، وقد ضرب الله سبحانه لعباده الأمثال التي أَخْبَرَ فيها بالتفاوت بين الحرّ والعبد، وأنّهم لا يرضون أن تُسَاوِيَهُم عَبيدُهُم في أرزاقهم، قال الله -تعالى-: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَّزَقْنَٰهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُۥنَ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾[(٢)]؛ فالله -سبحانه وتعالى- فضَّل بعض خلقه على بعض، وفضّل الأحرار على العبيد في الملك وأسبابه، والقدرة على التصرّف، وجعل العبد مملوكاً والحرّ مالكاً، وأمّا التّسوية بينهما في أحكام الثّواب والعقاب فذلك مُوجَبُ العَدْل والإحسان؛ فإنّه يوم الجزاء لا يبقى هناك عبدٌ وحرٌّ، ولا مالكٌ ومملوكٌ؛ لاستواء الجميع في الآخرة[(٣)].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

أجمع المسلمون على معنَى القاعدة، ولم أقف على مَن خالف فيه ولا في التّفريع عليها، وإن اختلفوا في بعض تطبيقاتها نظراً لاختلاف أسبابها كما سيأتي إن شاء الله.

وقد بَحَثَ الأصوليّون القاعدةَ في مباحث دخول العبيد في عموم ما ورد من خطابٍ مُضافٍ إلى النّاس والمؤمنين، وبعبارةٍ أخرى: في دخول العبيد في المطلق من الأوامرِ والنّواهي؛ مثل دخول الأحرار، ولهم في ذلك

---

(١) انظر: قواطع الأدلّة ١/٢٠٦-٢٠٧، وأعلام الموقّعين ص ٣٧٨، والمحلّى ١٢/٢٣٢.

(٢) سورة النّور، الآية: ٧٥.

(٣) انظر: شرح مسلم ١١/١٣٤، وفتح الباري ١٠/٤٨٦، وأعلام الموقعين ص ٣٤٧.

مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّ العبيد يدخلون في المطلق من الأوامر والنّواهي كما يدخل الأحرار فيها. وبه قال جمهور أهل العلم؛ الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة، وهو اختيار أكثر الأصوليّين[1].

المذهب الثّاني: أنّ المطلق من الأوامر والنّواهي لا يخلو إمّا أن يكون بحقّ الله تعالى فيدخلون فيه، وإن كان بحقّ الآدَميِّين فالعبيد لا يدخلون فيه إلاّ بدليلٍ يدلّ على ذلك. وهو منسوبٌ إلى بعض المالكية والشّافعية[2].

الأدلّة:

استدلّ جمهور أهل العلم القائلون بدخول العبد في عموم الخطاب بما يلي:

---

(١) منهم: أبوالحسين البصري والجويني والغزالي والشّيرازي والآمدي والفخرالرّازي وابن الحاجب وغيرهم.
قال الشّوكاني في إرشاد الفحول ص ١٢٨: «إنّ الذي عليه أتباع الأئمة الأربعة وهو الصّحيح من مذهب الشّافعي أنّهم -العبيد- يدخلون اتّباعاً لموجب الصّيغة ولا يخرجون إلاّ بدليل».
انظر: قواطع الأدلّة ١/٢٠٦-٢٠٧، وروضة النّاظر ٢/٩٤، وتنقيح الفصول ١/٨٩، والتّمهيد للإسنوي ص ٣٥٥، وشرح مختصر الرّوضة ٢/٥١٤، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٣-٢٥٤.

(٢) واعتبر بعضُهم هذا القولَ شاذاً. وعبّر عنه السّمعاني في قواطع الأدلّة ١/٢٠٦ بأنّه مذهب شرذمة.
انظر: شرح مختصر الرّوضة ٢/٥١٤، والتّمهيد ص ٣٥٥-٣٥٦، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٤، ونثر الورود ص ٢٦٠.

١-أنّ الخطابات العامّة نحو: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعْبُدُوا۟ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُمْ وَٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[١]، و﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾[٢]، و﴿وَتُوبُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[٣]، فهذه الخطابات العامّة تشملهم؛ لأنّهم من جملة النّاس والمؤمنين والأُمَّة، ومن جملة المكلَّفين؛ لأنّهم منهم[٤].

٢-أنّ صيغة الأمر (افعل) تتناول فعلَ الحرّ والعبد على وجه واحد، وكلّ واحدٍ منهما يجوز أن يكون مأموراً بهذا الأمر، ألا ترى أنّه لو أُرِيدَ وحده صحّ؟ فاشتمل الأمر على الأحرار والعبيد على وجهٍ واحد[٥].

٣-أنّه جاز أن يكون العبيد مَعْنِيِّين بهذا الأمر، فيدخلون في هذا الخطاب إلاّ أن يوجد مانعٌ سمعِي أو عقلي ولم يوجد[٦].

أجيب عنه: أنّ المانعَ موجودٌ، وهو وجوب خدمته لسيّده في أوقات العبادة.

يجاب عنه: إنّما تلزمه خدمة سيّده إذا فرغ من العبادات، فصارت أوقاتُ العبادات مستثناةً من أوقات خدمة السّيد؛ كأوقات الأكل والشّرب، وشغله بنفسه فيما لا بدّ منه[٧].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢١.
(٢) سورة آل عمران، الآية ١١٠.
(٣) سورة النّور، الآية: ٣١.
(٤) انظر: وروضة النّاظر ٩٤/٢، وشرح مختصر الرّوضة ٥١٤/٢، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٣.
(٥) انظر: قواطع الأدلّة ٢٠٧/١.
(٦) انظر: قواطع الأدلّة ٢٠٧/١.
(٧) انظر: قواطع الأدلّة ٢٠٧/١.

٤-أنّ الحرية ليست من شروط التّكليف؛ فيكون مُكَلَّفاً[١].

استدلّ القائلون بعدم دخولهم في عموم الخطاب بما يلي:

١-أنّ العبد نفسه مملوك لغيره، ومنافعُهُ مستحَقّةٌ لمالكه، والأمر تصريفٌ من الآمر؛ فإذا كان هو في تصريف مالكه لم يدخل في تصريف غيره إلاّ بدليلٍ يدلّ عليه[٢].

أجيب عنه بأنّ هذا ليس بشيءٍ؛ لأنّه يجوز أن يكون في تصريف سيِّده في وقتٍ وفي تصريف خالقه في وقتٍ، ألا ترى أنّه لو عُنِيَ العبد لصحّ؟ فإذا جاز أن يكونوا مَعْنيِّين بهذا الأمر وحقّ السّيّد عليهم قائمٌ؛ كذلك يجوز أن يكون الخطاب المطلق متناولاً للعبيد أيضاً وحَقُّ السّيّد عليهم قائمٌ[٣].

٢-أنّهم خرجوا عن كثيرٍ من العبادات؛ كالحجّ والميراث، ووجوب الجمعة، ونحو ذلك[٤].

وأجيب عنه بأنّهم داخلون إلاّ إذا دلّ دليلٌ على إخراجهم، وخروجهم عن بعض التّكاليف لا يوجب رفع العموم فيهم، إنّما ذلك لأمرٍ عارضٍ، وهو فقرُهُ واشتغَالُهُ بخدمة سيِّده؛ كالمريض والمسافر والحائض؛ فإنّه يتناولهم الخطاب المذكور، ويَخرجون عن بعض الأحكام؛ كوجوب الصّوم والصّلاة على الحائض، ووجوب الصّوم وإتمام الصّلاة على المسافر، ووجوب الصّوم على المريض؛ لأمرٍ عارضٍ وهو المرض والسَّفَر والحيضُ[٥].

---

(١) انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٣٥.

(٢) انظر: قواطع الأدلّة ١/٢٠٦-٢٠٧، التّمهيد ص ٣٥٦، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٤.

(٣) انظر: قواطع الأدلّة ١/٢٠٧.

(٤) انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٤.

(٥) انظر: روضة النّاظر ٢/٩٤، وشرح مختصر الرّوضة ٢/٥١٤-٥١٥، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٤.

والرّاجح هو دخولهم في عموم الخطابات، وفي المطلق من الأوامر والنّواهي، إلاّ ما ورد دليلٌ في تفريق بينهما؛ وذلك لقوّة دليله، وصراحته. والله سبحانه أعلم بالصّواب(١).

واعتمده في المراقي؛ حيث قال(٢):

والعبدُ والموجودُ والذي كفر مشمولةٌ له لدى ذوي النّظرْ

من أدلّة القاعدة:

يُستَدَلُّ لهذه القاعدة بما تقدّم من أدلة جمهور أهل العلم.

من تطبيقات القاعدة:

١-سوّى الشّرع بين العبيد والأحرار في الإيمان والإسلام ووجوب العبادات البدنية؛ كالطّهارة والصّلاة والصّوم والحدود لاستوائهما في سببها، وفرّق بينهما في العبادات المالية؛ كالحجّ والزّكاة والتّكفير بالمال؛ لافتراقهما في سببها(٣).

٢-وجوب الإحرام بالحجّ أو العمرة إذا أذن له السّيد بأداء النّسك(٤).

٣-وجوب الجمعة عليه إذا أذن له سيّده في حضورها؛ لأنّ المانع من جهة السّيد قد انتفى(٥).

٤-أجمع أهل العلم على أنّ العبد والحرّ في الرّدّة سواء؛ لأنّ الأصل العمل بدلالة الاقتران ما لم يأتِ دليلٌ يخالفه(٦).

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) مراقي السّعود للعلوي ص ٢٦١، وانظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٤.

(٣) انظر: قواطع الأدلّة ١/٢٠٦-٢٠٧، وأعلام الموقّعين ص ٣٧٨، والمحلّى ٦٨/١٢.

(٤) انظر: التّمهيد ص ٢٥٦.

(٥) انظر: التّمهيد ص ٢٥٦.

(٦) انظر: فتح الباري ٢١٢/١٢.

٥-أنّ العبد والحرّ سواء في أصل جواز نكاح، والحرّ له الزّواج بأربع حرائرَ مسلمات أو كتابيّات أو إماءٍ مسلماتٍ، وأمّا العبد فنكاحه على النّصف من نكاح الحرّ[1].

٦-أنّهما في وقوع الطّلاق سواء؛ فيقع طلاق كلّ زوجٍ حراً كان أو عبداً إذا كان عاقلاً بالغاً[2].

٧-أنّهما في عدد الطّلاق وعدد العدّة مختلفان؛ فطلاق الأمة تطليقتان، وعدّة الأمة التي تحيض من طلاق زوجها حيضتان؛ لدلالة النّصّ على ذلك، وهو قوله ﷺ: «طلاق الأمة تطليقتان، وقرؤها حيضتان»[3]؛........

---

(١) انظر: رسالة القيرواني ص ١٩٩-٢٠٠، وأعلام الموقّعين ص ٣٧٨، وزاد المستقنع ص ١٠٧.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٥٧، والهداية ٢٢٩/١، والمعونة ٨٢٥/٢، وعقد الجواهر ٥٠٨/٢، والمهذّب ٢١/٣، وأعلام الموقّعين ص ٣٧٨، وزاد المستقنع ص ١١٩.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، ٦٣٩/٢، كتاب الطّلاق، باب في سنة طلاق العبد، برقم: (٢١٨٩)، والتّرمذي في سننه ٤٨٨/٣، كتاب الطّلاق، باب ما جاء في أنّ طلاق الأمة تطليقتان، برقم: (١١٨٢)، وابن ماجه في سننه ٦٧٢/١، كتاب الطّلاق، باب في طلاق الأمّة، برقم: (٢٠٨٠)، والحاكم في مستدركه ٢٠٥/٢، والدّارقطني في سننه٤/٩٤، والبيهقي في سننه ٣٦٩/٧.

قال أبو داود: «وهو حديثٌ مجهولٌ». وقال التّرمذي في سننه ٤٨٨/٣: «حديث غريبٌ لا نعرفه إلاّ من حديث مظاهر بن أسلم، ومظاهر لا نعرف له في العلم غير هذا الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم». وقال الدّارقطني: «روينا عن أبي عاصم: ليس بالبصرة حديثٌ أنكر من حديث مظاهر». وقال ابن عبد البرّ: «إلاّ أنّ مظاهر بن أسلم انفرد بهذا الحديث وهو ضعيف»، ومثله للقرطبي.

وضعّفه الألباني في: ضعيف أبي داود رقم: (٤٧٥)، وضعيف التّرمذيّ رقم: (٢٠٦)،وضعيف ابن ماجه رقم: (٤٥٢)، والجامع الصّغير رقم: (٨٠٨٩)، =

حيث أضاف إليها الطّلاق والعدة جميعاً[١].

٨-أنّ العبد والحرّ سواء في إلزام الإيلاء[٢]، وإيلاؤه مثل إيلاء الحرّ لظاهر قول الله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾[٣]، كذا يساوي العبدُ الحرَّ في أحكام اللّعان، لعموم قوله: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾[٤]؛ لأنّ عموم الخطاب يشمله ما لم يرد نصٌّ شرعيٌّ في تخصيصه[٥].

=

ومشكاة المصابيح رقم: (٣٢٨٩)، وإرواء الغليل ١٤٨/٧.

ومع ذلك كلّه فهو قول الجمهور: الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة. وقد روي عن ابن عمر أنّه قال: «أيّهما رقّ نَقَصَ طَلاَقُهُ». وقال ابن حزم: «إنّه ساقط».

انظر:الاستذكار ١٨٣/٥،وتفسير القرطبي١١٣/٣، والمحلّى٥٠٨/٩، و٥١٠.

وذهب الظّاهرية إلى أنّها في الطّلاق والعدّة كالحرّة سواء. قال ابن سيرين: «ما أرى عدّة الأمة إلاّ كعدة الحرة إلاّ أن تكون مضت في ذلك سُنّةٌ؛ فإنّ السّنّة أحقّ أن تُتّبع». وقال الأصم عبد الرّحمن بن كيسان وداود بن عليّ وجماعة أهل الظّاهر: «إنّ الآيات في عدّة الطّلاق والوفاة بالأشهر والأقراء عامّة في حقّ الأمة والحرّة؛ فعدّة الحرّة والأمة سواء».

انظر: مختصر القدوري ص ١٥٧، والمعونة ٨٢٧/٢، تفسير القرطبي ١١٢/٣-١١٣، وأعلام الموقّعين ص ٣٧٨، وشرح منتهى الإرادات ٤٠١/٥، والمحلّى ٥٠٨/٩-٥١٠.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٥٧، والاستذكار ١٨٣/٥، وتفسير القرطبي ١١٣/٣.

(٢) الإيلاء: حلف الزّوج القادر على الوطء، بيَمين تتضمّن ترك وطء الزّوجة غير المرضع أكثر مِنْ أربعة أشهرٍ، انظر: الهداية ١١/٢-١٣، وأنيس الفقهاء ص ٥٦، وجامع الأمهّات ص ٣٠٦، وعقد الجواهر ٥٤٤/٢، وتفسير القرطبي ١٠٠/٣، و١٠١، و١٠٣، وحدود ابن عرفة ٢٩١/١، ومختصر المزني ص ٢٧١، والمهذّب ٩٠/٣، ومنتهى الإرادات ١٨٣/٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٧٩.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٤) سورة النّور، الآية: ٦.

(٥) انظر: أحكام الجصاص ١٣٤/٥، والمهذّب ١٤٩/٣.

٩-أجمع أهل العلم على أنّ ظهار[1] العبد مثل ظهار الحرّ[2].

١٠-أنّ أَجَلَ العبد العنين من زوجه الأمة والحرّة كأجل الحر، وصيام العبد في الظّهار كصيام الحر، وفي كفارة اليمين كذلك[3].

١١-أنّ العبد والحرّ في قبول رواية كلّ واحد منهما وشهادته سواء، فتُقْبَلُ روايةُ العبدِ وشَهَادَتُهُ كما تُقْبَلُ من الحرّ؛ فهذا الذي دلّ عليه كتاب الله سبحانه، وسنّةُ رسوله ﷺ ، وإجماع الصّحابة والميزان العدل؛فتُقْبَلُ شهادةُ العبد فيما تُقْبَلُ فيه شهادة الحرّ[4]؛ فإنّه من رجال المؤمنين فيدخل في عموم قوله: ﴿ **وَٱسْتَشْهِدُواْ**

---

(١) حقيقة الظّهار تشبيه مَنْ يَحوز وطؤها بِمَن تَحرُم، وبعبارة أخرى: تَحريم الرّجل امرأته على نفسه بتشبيهها بأمّه أو بإحدى مُحَارمه، والْمُوجب للحكم منه: تشبيه ظَهر مُحَلَّلٍ بظَهْرِ مُحَرَّمٍ؛ لذا أجمع الفقهاء على أَنّ مَنْ قال لزوجته: أَنْتِ عَلَيَّ كظَهْرِ أُمّي، أنّه مُظَاهِرٌ.
انظر: تفسير القرطبي ٢٣٢/١٧، وجامع الأمّهات ص ٣٠٨، وحدود ابن عرفة ٢٩٥/١، وإجماع ابن المنذر ص ٤٧، والمغني ٥٤/١١، ومنتهى الإرادات ١٨٩/٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٦٧.

(٢) انظر: إجماع ابن المنذر ص ٤٧، والمغني ٥٦/١١.

(٣) انظر: المحلّى ٥٠٩/٩.

(٤) قال بقبول شهادة العبد فيما تُقْبَلُ فيه شهادة الحرّ بلا فرق الحنابلة في صحيح المذهب والظّاهرية، ورواية أخرى للحنابلة تُقْبَل إلاّ في الحدود والقصاص.
وذهب الجمهور: الحنفية والمالكية، والشّافعية إلى عدم قبوله، وغلّبوا نقصَ الرّقّ.
انظر: مختصر القدوري ص٢٢٠، وأحكام الجصاص ٢٢٢/٢، ورسالة ابن القيرواني ص٢٤٦، وعارضة الأحوذي ٩٠/٦، وتفسير القرطبي ٣٧٠/٣-٣٧١، والمهذّب ٦٨٣/٣، وتكملة المجموع ٦/٢٣، و١٩، ومختصر الخرقي مع المغني ١٨٥/١٤، والطّرق الحكمية ص ١٧٣-١٧٨، وأعلام الموقّعين ص ٣٥٧، والمحلّى ٥٠٠/٨.

﴿شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[(١)]، قال في الجامع لأحكام القرآن: «والصّحيح قول الجمهور-قبول شهادة العبيد-؛ لأنّ الله تعالى قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾، إلى قوله: ﴿مِن رِّجَالِكُمْ﴾[(٢)]؛ فظاهر الخطاب يتناول الذين يتداينون، والعبيد لا يملكون ذلك دون إذن السّادة»[(٣)]،كما دخل في قوله -تعالى-: ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾[(٤)]، وهو عَدْلٌ بالنّصّ والإجماع؛ فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[(٥)]، يدخل في مأمور هذه الآيات؛ كما يدخل في جميع ما فيها الأوامر والنّواهي من النّصوص؛ فالشّهادة على الشّارع بأنه أَبْطَلَ شهادةَ العبد وردَّها شهادةٌ بلا علمٍ، ولم يأمر الله بِرَدِّ شهادة صادق أبداً،وإنّما أمر بالتّثبّت في شهادة الفاسق في قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾[(٦)].

١٢-أنّ العبد يخالف الحرّفي عدم ثبوت القسامة في قتله عمداً ولا خطأ، فإذا أُصيب العبدُ، ثم جاء سَيِّدُهُ بشاهد، حلف مع شاهده يميناً ثم كان له قيمةُ عبده، وليس في العبد قسامةٌ لا في عمدٍ ولا خطأ؛ لأنّ القسامة إنّما تكون فيما يُوجَب القود[(٧)].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.
(٣) تفسير القرطبي ٣/٣٧١.
(٤) سورة الأحزاب، الآية ٤٠.
(٥) سورة الطّلاق، الآية: ٢.
(٦) سورة الحجرات، الآية: ٦.
(٧) هذا مذهب المالكية والحنابلة والشّافعية في قولٍ. وذهب الحنفيــة والشّــافعية في =

وقفاتٌ تاريخيةٌ:

هذه القاعدة وإن لم تكن إليها حاجةٌ عمليةٌ في الوقت الحاضر؛ لانعدام الرّقّ؛ إلاّ أنّ في عرضها بياناً لجانبٍ مهمٍّ من جوانب التّشريع الإسلامي الحنيف؛ حيث أخذ شأنُ الرّقّ قسطاً كبيراً من جهود فقهاء الأمّة المحمّدية خلَفاً عن سلف، ويحصل بعرضه أيضاً معرفة الوجه المشروع في أصول الرّقيق خاصّةً، وقد شوّهت كتب التّاريخ وكتب الآداب وكتب المستشرقين صُوَرَ تلك الأحوال تشويهاً كبيراً، ونعَى بعض أعداء الدِّين الإسلامي إقرار الشّريعة الإسلامية الرّق الذي هو في نظرهم من الأعمال الهمجية جملةً.

وهنا أذكر مجموعةَ أدلّةٍ على براءة الإسلام والمسلمين مِمّا نُسِبت إلى دِينهم من افتراءاتٍ وإفكٍ ما الله بها عليمٌ؛ بإجراء مقارنةٍ بين شيءٍ من أحوال الرّق في الإسلام وعند غيره، وبيان موقف الإسلام منه بشيءٍ من الاختصار؛ فأقول وبالله التّوفيق[1]:

أوّلاً: إنّ الإسلام لم يختصّ بالاسترقاق؛ بل كان مُتَعَارَفاً عليه قبل الإسلام بقرونٍ متطاولةٍ، وكانت الحياة الاقتصادية قائمةً في الغالب على

=

المذهب والحنابلة في قول إلى ثبوت استواء الحرّ والعبد في القسامة.

انظر: الاستذكار ٢١٩/٧، وإحكام الأحكام ص ٨٤٣، وفتح الباري ٢١٢/١٢، ومختصر الخرقي ٢١٤/١٢، والمغني ٢١٥/١٢.

(١) انظر: التّمهيد ٢٧٥/١٣-٣٦٣، والاستذكار٣١٨/٦-٣٧٧، والمنتقى٢٧٣/٨-٣٣٣، وشرح مسلم ٣٧٦/١٠-٣٧٨، وإحكام الأحكام ص ٩٨٨-١٠٠٣، وفتح الباري ١٠٦/١-١٠٩، و١٧٤/٥-٢١٧، و٤٨٣/١٠، وتيسير العلاّم ١٥١/٦-١٦٠.

أكتاف الرّقيق، والحياة الاجتماعية كذلك، كان الرّقيق يشكّل جزءً كبيراً من عناصرها.

واستمرّ الأمر بعد ظهور نور الإسلام في أقطار الأرض؛ حتّى في عصرنا الحاضر وقت الاستعمار.

ثانياً: أسباب الرّقّ:

للرّقّ عند حضاراتٍ أخرى غير الإسلاميّة أسبابٌ متعدّدةٌ منها: في الحرب والسَّبي والخطف،يبيع بعضهم مَنْ تَحت يده من الأولاد، وبعضهم يعدّون الفلاّحين أرقاء.

أمّا الإسلام فقد ضيّق مورد الرّقّ بأكبر قدرٍ ممكنٍ؛ حيث جعل النّاس كلّهم أحراراً لا يطرأ عليهم الرّقّ إلاّ بسببٍ واحدٍ، وهو (أن يؤسروا وهم كفّارٌ مقاتلون)، مع أنّ الواجب على القائد المسلم أن يَختار الأصلح من: الرّقّ أو الفداء أو الإطلاق بلا فداء حسب المصلحة العامّة[1]. قال الله تعالى: ﴿ **فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا** ﴾[2].

فهذا هو السّبب الوحيد للاسترقاق في الإسلام، وهو سببٌ؛ كما جاء في النّقل الصّحيح؛ فإنّه يوافق العقل الصّحيح السّليم المنصف -أيضاً-؛ فإنّ مَنْ وقف في سبيل عقيدتي ودعوتي، وأراد الحدَّ مِنْ حرّيّتي، وألب علَيَّ وحاربني؛ فجزاؤه أن أمسكه عندي، لفسح المجال أمامي وأمام دعوتي.

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٦/١٩٣-١٩٥، وتفسير السّعدي ص ٧٨٥، وفتح الباري ٥/٢٠٠.

(٢) سورة محمّد، الآية: ٤.

وهذا المبدأ عليه المعول في دعم حملات مكافحة الإرهاب العالَمي في هذا العصر، وإعلان قاعدة: ((مَنْ لَمْ يكن معنا فهو ضدّنا))، يعني: مَنْ يُخالِفُهم في الرّأي عادَوه، ومَنْ لم يكن معهم في الدّفاع عن أمنهم القومي، ضدّ مَنْ أراد أن يقف أمام عقيدهم ودعوهم وحرّيّتهم؛ فإنّه مع غيرهم وضدّهم، وليس هناك موقفٌ وسطٌ؛ فإذا كانت هي تَتَمَسَّكُ به مع ما في تَمَسُّكِه من التّجاوزات ما الله بها عليمٌ، فدعوى الهمجية ضدّ الإسلام والمسلمين دعوى باطلةٌ بكلّ معاير.

ثالثاً: معاملة الأرقاء:

غير الإسلام والمسلمين ينظرون إلى الأرقاء بعين الاحتقار والازدراء؛ فكانوا يَمتهنونهم في الأعمال القذرة والأعمال الشّاقة، ويروهم غير مخلّدين لا في عذابٍ ولا في نعيمٍ، بل هم كالحيوانات.

فالفراعنة استعبدوا بني إسرائيل أشنع استعبادٍ، حتّى قتلوا أبناءهم واستَحْيَوا نساءهم، وقد جاء القرآن الكريم بقصصهم في مواضعَ كثيرةٍ منها: ﴿وَإِذْ نَجَّيْنَاكُم مِّنْ آلِ فِرْعَوْنَ يَسُومُونَكُمْ سُوءَ الْعَذَابِ يُذَبِّحُونَ أَبْنَاءَكُمْ وَيَسْتَحْيُونَ نِسَاءَكُمْ وَفِي ذَٰلِكُم بَلَاءٌ مِّن رَّبِّكُمْ عَظِيمٌ﴾(١).

وليس هنا فرقٌ بين هذا وبين معاملة المستعمرين بشعوب أفريقيا في زمان الاستعمار؛ حيث يرى المحتلّون المستعمرون الذين دخلوا قارة أفريقيا وقتلوا وسلبوا ونهبوا وأخرجوا خيراتهم، وكانوا يروهم عبيداً، بل قروداً، ومن آثارهم القولية الدّالّة على أنّهم كانوا يعاملوهم معاملة الأرقاء مقولةٌ

---

(١) سورة البقرة الآية: ٤٩، وراجع سورة الأعراف الآية: ١٤١، وإبراهيم الآية: ٦، والقصص الآية: ٤.

مشهورةٌ عند اليوربَويِّين من شعوب غرب نيجيريا: (ESO BE)، تُقَال هذه الكلمةُ عندما أَرَادَ المتكلِّمُ امتثالَ المتكلَّم لِما يُكَلِّفُهُ به، وهي كلمةٌ محرَّفةٌ من عبارةٍ إنجليزيةٍ أصلها: (APES OBEY)، وهي تعنِي: (أيّها القرود أو العبيدُ امْتَثِلُوا).

في الوقت الذي نرى البشرية تنعم بالإسلام؛فالإسلام يأمر بحسن معاملةالأرقاء بل وحتّى البهائم؛ إنّ الإسلام رِفْقٌ بالرّقيق، وعَطْفٌ عليه، وتَوَعَّدَ على تكليفه وإرهاقه بما لا يطاق؛ قال النَّبِيّ ﷺ: «اتّقوا الله وما مَلَكَتْ أَيْمَانُكم»[1]، وعدّ تعيير العبد من أخلاق الجاهلية وخصالها[2]؛ قال ﷺ: «يا أبا ذرٍّ! إنَّكَ امرؤٌ فيكَ جَاهلِيَّةٌ...»[3].

وقال ﷺ: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وكِسْوَتُهُ، ولا يُكَلَّفُ مِنَ العَمَلِ ما لا يُطيقُ»[4].

وقال ﷺ: «إذا صَنَعَ لأَحَدِكُم خَادِمُهُ طَعامَهُ ثُمَّ جاءَهُ به، وقَدْ وَلِيَ

---

(١) من حديث عليّ ﷺ، أخرجه أبو داود في سننه ٥/٣٥٩،كتاب الأدب،باب في حقّ المملوك، برقم: (٥١٥٦)، والحديث صحّحه الألباني في الجامع الصّغير برقم: (١٠٥، و١٠٦، و٧٣٢٠، و٨٧٤٥)، وصحيح التّرغيب برقم: (٢٢٨٥، و٢٢٨٦، و٢٢٨٨)، والسّلسلة الصّحيحة برقم: (٨٦٨)، وانظر: إرواء الغليل ٦/٧٦، ٧/٢٣٨.

(٢) انظر: شرح مسلم ١١/١٣٥، وفتح الباري ١/١٠٨.

(٣) من حديث أبي ذرٍّ رضي الله عنه؛ أخرجه البخاري في صحيحه ٥/٢٠٦، كتاب في العتق، باب قول النَّبيّ ﷺ: «العبيد إخوانكم...»، برقم: (٢٤٦٧)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢٨٣، كتاب الأيمان، باب إطعام المملوك مِما يأكل...، برقم: (١٦٦١)، واللّفظ له.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه٣/١٢٨٤، كتاب الأيمان،باب إطعام المملوك مِمّا يأكل...،برقم:(١٦٦٢).

حَرَّهُ ودُخَانَهُ، فَلْيُقْعِدْهُ مَعَهُ، فَلْيَأْكُلْ؛ فَإِنْ كَانَ الطَّعامُ مَشْفُوهاً[١] قليلاً؛ فَلْيَضَعْ في يده أَكْلَةً أو أَكْلَتَين»[٢].

قال في المنهاج: «وفي هذا الحديث الحثُّ على مكارم الأخلاق، والمواساة في الطّعام، لاسيما في حقّ مَنْ صَنَعهُ؛ لأنّه وَلِيَ حَرَّهُ ودُخَانَهُ، وتَعَلَّقَتْ به نفسُهُ، وشَمَّ رائحتَهُ، وهذا كلّه محمولٌ على الاستحباب»[٣].

والنَّبيّ ﷺ نهى عن تسمية الرّقيق بعَبْدي؛ حيث يقول: «لاَ يَقُلْ أَحَدُكُم: أَطْعِمْ رَبَّك، وَضِّئ رَبَّك واسْقِ رَبَّك، ولْيَقُلْ: سيِّدي ومولاي، ولا يَقُلْ أحدُكُم: عَبْدِي وأَمَتِي، وَلْيَقُلْ: فَتَايَ وفتَاتِي وغُلامِي»[٤].

فنهَى العبد أن يقول لسيِّده: ربِّي، وكذلك نهى غيره؛ فلا يقول له أحدٌ: ربّك، وسبب المنع أنّ الإنسان مربوبٌ مُتَعَبَّدٌ بإخلاص التّوحيد لله، وترك الإشراك معه، فكره له المضاهاة في الاسم لئلاّ يدخل في معنَى الشّرك، ولا فرق في ذلك بين الحرّ والعبد؛ فأمّا ما لا تَعَبُّدُ عليه من سائر الحيوانات والجمادات؛ فلا يكره إطلاق ذلك عليه عند الإضافة كقوله: ربّ الدّابة، وربّ الدّار[٥].

---

(١) أي: قليلاً؛ لأنّ الشّفاه كثرت عليه حتّى صار قليلاً. انظر: شرح مسلم ١١/١٣٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه٥/٢١٤،كتاب العتق،باب إذا أتى أحدكم خادمُهُ بطعامه، برقم: (٢٤٧٨)، ومسلم في صحيحه٣/١٢٨٤، كتاب الأيمان، باب إطعام المماليك ممّا يأكل...، برقم: (١٦٦٣).

(٣) شرح مسلم للنّووي ١١/١٣٧.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه٥/٢١٠،كتاب العتق،باب كراهية التّطاوُل على الرّقيق ... برقم: (٢٤٧٤)، ومسلم في صحيحه ٤/١٧٦٥، كتاب الألفاظ من الأدب، باب حكم إطلاق لفظة العبد والأمة... برقم: (١٥/٢٢٤٩)، واللّفظ للبخاريّ.

(٥) انظر: فتح الباري ٥/٢١٢-٢١٣.

رابعاً: مكانة الرّقيق في الإسلام:

إنّ الإسلام رفع مِنْ قدر الرّقيق حتّى جَعَلَهم إخوانَ أسيادهم؛ فقد قال النّبيّ ﷺ: ((هُمْ إِخْوانُكُم وَخَوَلُكُمْ[1]، جَعَلَهُمُ الله تَحْتَ أَيْديكُم؛ فَمَنْ كَانَ أَخُوهُ تَحْتَ يَده فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ، ولْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ، ولا تُكَلِّفُوهُمْ مَا يَغْلِبُهُم؛ فإِنْ كَلَّفْتُمُوهُم فَأَعِينُوهُم))[2].

قال في المنهاج: ((الضّمير في -هُمْ إِخْوَانُكُم- يعود إلى المماليك، والأمر بإطعامهم مِمّا يأكل السّيّدُ، وإلباسهم مِمّا يلبس مَحمولٌ على الاستحباب لا على الوجوب، وهذا بإجماع المسلمين، وأمّا فعل أبي ذرٍّ رضي الله عنه في كسوة غلامه مثل كسوته فَعَمِلَ بالْمُسْتَحَبِّ، وإنّما يجب على السّيّد نفقةُ المملوك وكسوتُهُ بالمعروف بحسب البلدان والأشخاص، سواء كان من جنس نفقة السّيّد ولباسه أو دونه أو فوقه حتّى لو قَتَّرَ السّيّدُ على نفسه تقتيراً خارجاً عن عادة أمثاله إمّا زهداً وإمّا شُحّاً لا يَحلّ له التّقتير على المملوك وإلزامه وموافقته إلاّ برضاه، وأجمع العلماء على أنّه لا يجوز أن يكلّفه من العمل ما لا يطيقه؛ فإن كان ذلك لزمه إعانته بنفسه أو بغيره...، ونبّه بالطّعام والكسوة على سائر الْمُؤَن التي يحتاج إليها العبد. والله أعلم))[3].

قال في فتح الباري: وإن كان الحديث يقتضي اشتراط المواساة لا

---

(١) الْخَوَل، هم الْخَدَم، سُمّوا بذلك؛لأنّهم يَتَخَوَّلون الأمور؛ أي: يصلحونها. انظر:فتح الباري٥/٢٠٧.

(٢) من حديث أبي ذرٍّ رضي الله عنه المتقدّم تخريجه قريباً ص ٤٥٢.

(٣) شرح مسلم للنّووي ١١/١٣٥-١٣٦، وانظر: فتح الباري ٥/٢٠٧.

المساواة من كلّ جهةٍ[١].

وقال في موضعٍ آخر: ((وفي الحديث: النّهي عن سبّ الرّقيق وتعييرهم بِمَن وَلَدَهُم، والحثّ على الإحسان إليهم والرّفق بهم، ويلتحق بالرّقيق مَنْ في معناهم من أجيرٍ وغيره، وفيه عدم التّرفّع على المسلم والاحتقار له))[٢].

كما أنّ المقياس في الإسلام لكرامة الإنسان في الدّنيا والآخرة؛ لا يرجع إلى الأنساب ولا الأعراق، وإنّما يرجع إلى الكفاءات والقيم المعنوية؛ فقد جاء الشّرع بالتّسوية بين المسلمين في معظم الأحكام، وأنّ التّفاضل الحقيقي بينهم إنّما هو بالتّقوى؛ فلا يفيد الشّريفَ النّسَبِ نسبُهُ إذا لم يكن من أهل التّقوى، وينتفع الوضيعُ النّسَبِ بالتّقوى[٣]؛قال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓا۟ ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[٤].

وقد بلغ شخصيّاتٌ من الموالي لفضل علمهم وقدرتهم ما لم تبلغه ساداتُهم؛إذ قادوا الجيوش وساسوا الأمم، وتولّوا القضاء والأعمال الجليلة بكفاءتهم التي هي أصل مجدهم.

وللصّحابي الجليل عليّ بن أبي طالبٍ ﷺ في هذا المعنَى أبياتٌ

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر ١/١٠٩، و٥/٢٠٧.

(٢) فتح الباري ٥/٢٠٧.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ١٦/٢٩٣-٢٩٩، وفتح الباري ١٠/٤٨٣.

(٤) سورة الحجرات، الآية: ١٣.

جميلةٌ[١]:

النّاسُ مِن جهة التَّمثيلِ أكفاء ... أبوهمُ آدمُ والأمّ حواء

نفسٌ كنفسٍ وأرواحٌ مشاكلةٌ ... وأَعْظُمُ خُلقَتْ فيهم وأَعَضَاء

فإن يكن لَهُمُ مِن أَصْلِهِم ... يُفاخِرُون به فَالطِّينُ والماء

ما الفَضْلُ إلاّ لأهل العِلمِ إنّهمُ ... على الْهُدَى لِمَنِ استَهْدَى أدِلاّء

وقَدْرُ كلّ امرئ ما كان يُحْسِنُهُ ... وللرّجال على الأفعال سِيمَاء

وضدُّ كلّ امرئٍ ما كان يَجْهَلُهُ ... والجَاهِلُون لأهل العلم أعداء

خامساً: حثّ الإسلام على الإعتاق وتحرير الأرقّاء:

ومع أنّ الشّارعَ رفع من مقام المملوك؛ فإنّ له تشوُّفاً وتطلّعاً إلى تحرير الرّقاب، وفكّ أغلالهم، وحَثَّ الإسلامُ على الإعتاق وتحرير الأرقاء، ورتّب عليه أجراً كبيراً، وفضلاً عظيماً[٢]، بقدر ما يترتّب عليه من الإحسان، ومن أوجه ترغيب الإسلام في ذلك أن جعل لتحريرهم عدّةَ أسباب، بعضها قهريةٌ وأخرى اختياريةٌ.

أمّا القهرية؛ فهي على أوجه منها:

١-أنّ مَنْ جَرَحَ مَمْلُوكَهُ أوَ مَمْلُوكَتَه أو مَثَّل به فقد عُتِقَ عليه؛ فقد جاء في الحديث أنّ رجلاً جدع أنف غلامه؛ فقال رسول الله ﷺ للغلام: ((اذْهَبْ فأنتَ حُرٌّ))[٣].

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٦/٢٩٣.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤/٢٢٩ فما بعدها، والمغني ١٤/٣٤٤ فما بعدها.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٤/٦٥٤، كتاب الدّيات، باب مَنْ قتل عبده...، برقم: (٤٥١٩). حسّنه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم: (٢١٧١)، وإرواء الغليل =

٢-مَنْ أَعْتَقَ نصيبَهُ منْ مَمْلُوك مشترك، وكان له مالٌ يبلغ ثَمنَ العبد؛ عَتَقَ عليه كلّه، وقُوِّمَ عليه نصيبُ شريكه بقدر قيمته قهراً، وإن لم يكن له مالٌ؛ عَتَقَ العبد أيضاً وطُلبَ منه السّعيُ ليحصل للذي لم يعتق نصيبه مباشرة[١]؛ كما في الحديث: ((مَنْ أَعْتَقَ شرْكاً له في عَبْد؛ فكَانَ له مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ العبد، قُوِّمَ العَبْدُ عليه قيمَةَ عَدْل؛ فأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حصَصَهُم، وعَتَقَ عَليه العَبْدُ، وإلاّ فَقَدْ عَتَقَ منْهُ مَا عَتَقَ))[٢].

قال في المنهاج: ((وفي هذا الحديث: أنَّ مَنْ أَعْتَقَ نصيبَهُ منْ عبد مشترك قُوِّمَ عليه باقيه إذا كان موسراً بقيمة عدل سواء كان العبد مسلماً أو كافراً، وسواء كان الشّريك مسلماً أو كافراً، وسواء كان العتيق عبداً أو أمةً، ولا خيار للشّريك في هذا، ولا للعبد، ولا للمعتق بل ينفذ هذا الحكم، وإن كرهه كلّهم؛ مراعاةً لحقّ الله تعالى في الحرّيّة))[٣].

٣-مَنْ لَطم عبدَهُ أو ضربه ضرباً مُبْرحاً،أو مثّل به؛فكفّارة ذلك أن يعْتَقَ عليه قهراً[٤]؛ لقوله ﷺ : ((مَنْ لَطَمَ مَمْلُوكَهُ أو ضَرَبَهُ فكفَّارَتُهُ أَنْ يُعْتِقَهُ))[٥].

=

برقم:(١٧٤٤).

(١) انظر:شرح مسلم١٠/٣٧٧،وفتح الباري٥/١٨٣-١٨٥،والمغني١٤/٣٥٠،وتيسير العلام ٦/١٥٨.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٥/١٧٩،كتاب العتق، باب إذا أعْتَقَ عبداً بين اثنين ... برقم: (٢٤٤٣)، ومسلم في صحيحه ٢/١١٣٩، كتاب العتق، و٣/١٢٨٦، كتاب الأيمان، باب مَنْ أعْتَق شركاً له في عبد، برقم: (١٥٠١)، واللّفظ للبخاري.

(٣) شرح مسلم ١٠/٣٧٧، وانظر: تفسير القرطبي ٢٠/٦٠-٦٢، وإحكام الأحكام ص ٩٨٩.

(٤) انظر: شرح مسلم ١١/١٢٩-١٣١.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢٧٨، كتاب الأيمان، باب صحبة المماليك...،

=

قال في المنهاج: «في هذا الحديث الرِّفقُ بالمماليك، وحسن صحبتهم، وكفّ الأذى عنهم...، وأجمع المسلمون على أنّ عتْقَهَ بهذا ليس واجباً، وإنّما هو مندوبٌ رجاء كفّارةِ ذنبه...، وفيه الرّفق بالموالي واستعمال التّواضع»[1].

٤-مَنْ قال لمَمْلُوكه هازلاً: أنت حرٌّ عَتُقَ عليه قهراً؛ لقوله ﷺ: «ثلاثٌ جدُّهُنَّ جَدٌّ وهزلُهُنَّ جدٌّ...»[2]، وذكر منها العتق.

فهذه هي أسبابٌ قهريةٌ تُزيلُ مِلْكَ السَّيِّد عن رقيقه خاصّة؛ لما له من السّراية الشّرعية، والنّفوذ القوِيّ الذي لم يجعل في عنقه خياراً ولا رجعةً.

=

برقم: (١٦٥٧).

(١) شرح مسلم للنّووي ١١/١٢٩-١٣١-١٣٢.

(٢) من حديث أبي هريرة، أخرجه أبو داود في سننه ٢/٦٤٣، كتاب الطّلاق، باب في الطّلاق على الهزل، برقم: (٢١٩٤)، والتّرمذي في سننه ٣/٤٩٠، كتاب الطّلاق، باب ما جاء في الجدّ والهزل في الطّلاق، برقم: (١١٨٤)، وابن ماجه في سننه ١/٦٥٨، كتاب الطّلاق، باب مَنْ طلّق أو نكح أو رَاجَعَ لاعِباً برقم: (٢٠٣٩)، والحاكم في المستدرك ٢/١٩٨.

والحديث حسّنه التّرمذي، وقال: «هذا حديثٌ حسنٌ غريبٌ، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النّبيِّ ﷺ ، وغيرهم». وصحّحه الحاكم، وقال: «عبد الرّحمن بن حبيب من ثقات المدَنيِّين»، لكن ردّه الذّهبِ بقوله: «فيه لِينٌ».

وحسّنه الألباني، في: صحيح أبي داود برقم: (١٩٢٠)، وصحيح ابن ماجه برقم: (١٦٥٨)،وإرواء الغليل برقم:(١٨٢٦،و٢٠٦١)،والجامع الصّغير برقم:(٥٣٣٨).

أمّا قول ابن حزم فيه: «إنّه موضوع» فلم أقف على أحد غيره قاله.

انظر: سنن التّرمذي ٣/٤٩٠، والمستدرك ٢/١٩٨، ومعالم السّنن ٢/٦٤٢-٦٤٤، وعارضة الأحوذي ٥/١٥٧، والمحلّى ٩/٤٦٥، وتلخيص المستدرك ٢/١٩٨، وصحيح سنن أبي داود ٢/٩، وصحيح ابن ماجه ١/٣٤٧، وإرواء الغليل ٦/٢٢٤، برقم: (١٨٢٦).

أمّا الأسباب الاختيارية فهي على ما يلي:

١-كان من أوائل ما نزل من القرآن العظيم الدّعوة إلى إعتاق الرّقبة؛ كما في قول الله تعالى: ﴿فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ (١١) وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ﴾[(١)].

حيث إنّ الآية الكريمة تَحُثُّ وتَحُضُّ على إنفاق المال في فكّ الرّقاب، والمراد بفكّ الرّقبة: تَخليص الشّخص من الرّقّ من تسمية الشّيء باسم بعضه؛ وسواء تفرّد بعتق النّسمة أو أعان على عتقها[(٢)].

٢-جعل تحرير الرّقبة كفّارةً لكثير من الآثام والخطايا؛ كقتل النّفس؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾[(٣)].

٣-في كفّارة اليمين؛ كما في قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[(٤)].

٤-وفي الظّهار؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[(٥)].

---

(١) سورة البلد، الآيات: ١١-١٣.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٢٠/٦٠-٦٢، وفتح الباري ٥/١٧٤، وتفسير السّعدي ص ٩٢٥، تفسير الجزائري ٥/٥٧٤-٥٧٥.

(٣) سورة النّساء، الآية: ٩٢.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

(٥) سورة المجادلة، الآية: ٣.

٥-والأحاديثُ والآثارُ الحاثّةُ على العتق والْمُرَغِّبةُ في تحرير الرّقة كثيرةٌ جدّاً.

فَمَنْ أعتق رقبةً، فقد فاز بثواب الله والله عنده حسن الثّواب، وليس إحسانٌ أعظمَ من فكاك المسلم مِنْ غُلِّ الرّقّ، وقيد المِلْكِ فَبعتْقه تَكْمُلُ إنسانيَّتُهُ.

هذا قليلٌ من صُوَرِ الرّقّ والاسترقاق عند غير المسلمين، وذلك هو إشارةٌ إلى الرّقّ والاسترقاق في الإسلام؛ فقد ضيّق سبب الاسترقاق وجعله واحداً لا غيره، ووسّع في أسباب الإعتاق؛ فقابل الضّيق بالسّعة واليسر؛ فلينظر العقل السّليم المنصف إلى أيّنا أحسن عملاً! وأصدق قولاً.

فيتبيّن بذلك أنّ دعايات أعداء الإسلام تحت مظلّة الحرّية الجائرة إنّما هي كلمةُ حقٍّ أريد بها الباطل؛ فكيف يأتي الغربيّون والمستغربون فَيَعيبُون على الإسلام إقراره الرّقّ، ويتشدّقون بالحرية والمناداة بحقوق الإنسان، وهم الذين استعبدوا الشّعوب، وأذلّوا الأمم، واسترقّوهم في عُقْرِ دارهم، وأكلوا أموالهم، واستحلّوا ديارهم؟!

أفيرفعون رؤوسهم، وهم الذين يُعَامِلُون بعض الطّبقات في بلادهم أدنَى من معاملة العبيد؟! وما وقع مؤخّراً في بعض الدّول المتقدِّمة، من وجود خللٍ في التّسوية بين الشّعوب لأكبر دليلٍ، وحصلت فيضاناتٌ في بعضها كشفت عن تأخّر بعض ولاياتٍ فيها أكثر من تأخّر بعض الدّول التي تُسَمَّى نامية أو نائمة؛ حيث لا حرّيّة التّعليم والطّبّ والصّحّة ولا الوظائف ولا... لكون سكّانها دون سكّان ولايات أخرى، وهم في دولةٍ واحدةٍ تَحتِ نظامٍ واحدٍ يُزْعَم أنّه دِيْمقراطية فُضْلَى ومُثْلَى عرفها التّاريخ.

وأين رفق الإسلام وإحسانه ممّا يفعله الغرب بأسارى الحرب الذين لا يزالون في المجاهيل والمتاهات والسّجون المظلمة، وممارسات الأخلاق الحيوانية الهمجية معهم؟ والله المستعان.

وأين دولة الإسلام الرّحيمة كالمملكة العربية السّعودية -حرسها الله، وزاد الله بركاتها، وأبقاها الله ذُخْراً للإسلام والمسلمين، وغيظاً مغيظاً للكفّار والكافرين- التي جعلت النّاس على اختلاف طبقاتهم وأديانهم وأجناسهم، -مُوَاطناً ومُقيماً- أمّةً واحدةً في ما لَها وما عليها، ومتساوين في حريّة التّعليم والطّبّ والصّحّة و...، أَيْنَها ممَّا فعله المستعمرون وغيرهم بشعوب أفريقيا وغيرها في بلادهم وبين ذويهم؟! إنّها دعاوى باطلةٌ، باسم الحريّة والدّيمقراطية ظلماً وبهتاناً.

فالشّأن كما أخبر الله تعالى عنهم: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّواْ مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ ٱلْبَغْضَآءُ مِنْ أَفْوَٰهِهِمْ وَمَا تُخْفِى صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ ٱلْآيَٰتِ إِن كُنتُمْ تَعْقِلُونَ** ﴾[1].

فليشعر أبناءُ الإسلام -في مملكة الإنسانية؛المملكة العربية السّعودية وغيرها- بالعزّة والكرامة، وليفطنوا ويعلموا أنّ ما ينادي به الغرب من إصلاحات على أشكالها؛ فإنّما هم أحوج إليها من غيرهم، حاجتهم إلى الطّعام، وليعلم نِسَاءُ الإسلام وشَبَابُهُ وشَابَّاتُهُ؛ أنّ السّعادة والإنسانية كامنةٌ في الإسلام فلن تُبْتَغَى في غيره، ولنَقُلْ وكلّنا واحدٌ تَحت قيادةٍ حكيمة رشيدة واحدة: لا للدّعاية الكاذبة، لا للوعود المزجاة الفارغة ظاهرها وباطنها عذابٌ؛ قال الله -تعالى-: ﴿ **وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن**

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ١١٨.

يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي ٱلْآخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ ﴾[(١)].

وقال اللّطيف الخبير سبحانه: ﴿ ٱلَّذِينَ يَتَّخِذُونَ ٱلْكَٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۚ أَيَبْتَغُونَ عِندَهُمُ ٱلْعِزَّةَ فَإِنَّ ٱلْعِزَّةَ لِلَّهِ جَمِيعًا ﴾[(٢)].

وقال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿ مَن كَانَ يُرِيدُ ٱلْعِزَّةَ فَلِلَّهِ ٱلْعِزَّةُ جَمِيعًا ﴾[(٣)].

وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿ وَلِلَّهِ ٱلْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَٰكِنَّ ٱلْمُنَٰفِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾[(٤)].

والله -سبحانه وتعالى- أعلم، وهو أسأل أن ينصر دِينَهُ، وَيُوَفِّقَ له الدّعاةَ المصلحين المخلصين، ويَحفظ مقدّسات الإسلام والمسلمين، ويحرس دولة التّوحيد وقبلة المسلمين ومفخرتهم؛ المملكة العربية السّعودية، ويدرأ عنها كيد الأعداء، ويحفظها ذُخْراً للإسلام والمسلمين، وغيظاً مغيظاً للكفّار والكافرين، ويصلح أحوال المسلمين في سائر أنحاء العالَم؛ إنّه سَمِيعٌ مُجِيبٌ، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ٨٥.

(٢) سورة النّساء، الآية: ١٣٩.

(٣) سورة فاطر، الآية ١٠.

(٤) سورة المنافقون، الآية: ٨.

الفصل الثّانِي: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالطّهارة، والنّجاسات.

وفيه ثلاثة مباحث:

١٩-المبحث الأوّل: قاعدة: كلّ ما أزال العين فقد طَهُرَ.

٢٠- المبحث الثّاني: القواعد والضَّوابط المتعلّقة بالنّجاسات.

٢١-المبحث الثّالث: ضابط: كلّ ما يغيّر الماء مِمَّا لا ينفكّ عنه غالباً، لا يسلبه صفة الطّهارة والتّطهير



المبحث الأوّل: القاعدة التّاسعة عشرة [١٩]

[كلّ ما أزالَ العَيْنَ فقد طَهَّرَ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في صفة إزالة النّجاسة، في مسألة إزالة النَّجَس بالمسح دليلاً؛ حيث قال رحمه الله: «وأمّا المسح فإنّ قوماً أجازوه في أيّ محلّ كانت النّجاسة، إذا ذهب عينها على مذهب أبي حنيفة[١]، وكذلك الفرك على قياس[٢] مَن يرى أنّ **كُلَّ مَا أَزَالَ العَينَ فَقَدْ طَهَّرَ**»[٣].

توثيق القاعدة:

ورد مفاد القاعد في كتب أهل العلم منها:

قال في الهداية: «يجوز تطهيرها بالماء وبكلّ مائعٍ طاهرٍ يمكن إزالتها به»[٤].

وقال في المغني: يَطْهُرُ الماءُ النّجسُ بأحد أمرين: المكاثرة إذا أزالت

---

(١) والظّاهرية، والشّافعي في القديم.
وقال المالكية: بجواز المسح فيما يفسد بالغسل؛ كالسّيف والنّعل والخفّ.
وذهب الحنابلة والشّافعي في الجديد وعليه المذهب إلى أنّه لا يحصل الطّهر بالمسح.
انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٤٠، و٢٤١، وعقد الجواهر ١/٢١، والقوانين الفقهيّة ص ٢٨، والمهذّب ١/١٧٢، والمجموع ٢/٤٢٧-٤٢٨، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٠٨-٢٠٩، والمحلّى١/١٠٥-١٠٨.
وقولهم في الدّلك كالمسح، انظر: المراجع السّابقة.

(٢) القياس لغةً: التّقدير. انظر: مختار الصّحاح ص: ٥٥٥.
وفي الاصطلاحي الشّرعي: (حمل فرعٍ على أصلٍ في حكمٍ بجامعٍ بينهما). انظر: مذكّرة أصول الفقه ص: ٢٩١.

(٣) بداية المجتهد ١/٢١٤.

(٤) الهداية للمرغيناني ١/٣٤.

التّغيّر، أو بتركه حتّى يزول تغيّره بطول مكثه[١].

وقال في مجموع الفتاوى: «فالرّاجح في هذه المسألة أنّ النّجاسة متى زالت بأي وجه كان زال حكمها؛ فإنّ الحكم إذا ثبت بعلةٍ زال بزوالها»[٢].

شرح مفرداتٌ القاعدة:

أزال العين؛ أي: أتلف عين النَّجَس وأذهبها[٣].

فقد طَهَّرَ؛ أي: صَيَّرَهُ طاهراً، فالمراد طهارة محلّ النّجاسة، كالبدن، والثّوب، والمكان؛ لأنّ نجاسة هذه الأشياء مجاورةٌ للنّجاسة، فإذا زالت ظهرت الطّهارة الأصلية.

ويفسَّر أيضاً بالإحالة، أي: صار شيئاً طاهراً باستحالته من وصفٍ إلى صفة؛ ولا يقال إنّ العين النَّجَس طَهُرَ بالاستحالة؛ فإنّ النَّجَس نفسه لم يَطْهُرْ لكن استحال، وهذا الطّاهر ليس هو ذلك النَّجَس، وإن كان مستحيلاً منه[٤].

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة وإن كان موردها في صفة إزالة النّجاسة، وفي مسألة إزالة النَّجَس بالمسح خاصّة، إلاّ أنّها تشمل المحال التي يجب إزالة النّجَس عنه، والشّيء الذي تزال به، وصفة الإزالة. وهذا كلّه في أعيان متنجِّسة.

وأيضاً تفيد القاعدة أنّ كلّ ما له قوّةٌ لإحالة الأعيان النَّجَسِ من كونها نَجْسَةً إلى كونها طاهرةً؛ فإنّها تَطْهُرُ بالاستحالة إذا لم يبق شيءٌ من أثر

---

(١) انظر: المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٥١/١.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٧٥/٢١.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢٠٨/١، و٢١٠.

(٤) انظر: البناية ٧٠٥/١، ومجموع الفتاوى ٦١١/٢١.

النَّجاسة؛ لا طعمها، ولا لونها، ولا ريحها؛ فإنّ الاستحالة أقوى في التّطهير من الإزالة؛ ولأنّ الحكم إذا ثبت بعلة زال بزوالها، فالمستحيل من النّجاسات إذاً طاهرٌ، كما هو المعروف في مذهب الحنفية، والظّاهرية، وقول عند المالكية والحنابلة، والشّافعية في جلد الميتة، والخمر إذا تخلّلت[1].

أمّا المحال التي تزال النّجاسات عنها فثلاثة؛ هي: الأبدان، والثّياب، والمساجد ومواضع الصّلاة[2].

المُطَهِّرات؛ وهي الشّيء الذي تزال به النّجاسات، فمنها:

١- الغسل أو النّضح بالماء المطلق، ولا خلاف في ذلك[3].

٢- أمّا ما سوى الماء من المائعات الطّاهرة فقد اختُلفَ في حصول التّطهير بها.

فالجمهور من المالكية والشّافعية والحنابلة ومحمّد بن الحسن من الحنفية على أنّه لا تحصل الطّهارة بغير الماءالمطلق[4].

ومذهب الحنفية والظّاهرية أنّ الطّهارة تحصل بغير الماء المطلق؛حيث سوّوا بينها وبين الماء في إزالة النّجاسة؛ لأنّ هذه المائعات في المداخلة

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٤٠-٢٤١، والهداية ١/٣٤، وبداية المجتهد ١/٢١٠، وعقد الجواهر ١/٢١، والفروق ٢/١١١-١١٤، والقوانين الفقهيّة ص ٢٨، والمهذّب ٢/٤٠٩، والمجموع ٢/٤٢٧-٤٢٨، والمغني ١/٥٢، و١٣/٣٤٩، ومجموع الفتاوى ٢١/٦٥، و٧٠، و٤٨١، و٥٠٢، و٥٠٣، و٥٠٨، و٥١٠، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٠٨-٢٠٩، والمحلّى ١/١٠٥-١٠٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٣٧، والبناية ١/٧٠٥، و٧٠٨، ورسالة القيرواني ص: ٨٧، و٨٨، وبداية المجتهد ١/٢٠٥، وشرح القلشاني ١/٤٤٦، ٤٥٢، و٤٥٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع١/٢٣٩،والهداية١/١٩-٢٣، والمغني١/٥١-٥٥، ومجموع الفتاوى٢١/٤٧٥.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع١/٢٤٠، والبناية١/٧١١، والتّفريع١/١٩٩، والمعونة ١/١٦٩، والمهذّب ١/١٧٢، والمجموع ٢/٤٢٧-٤٢٨، والمغني ١/١٦، و٥١-٥٣.

والمجاورة والتّرقيق مثل الماء، فكانت مثله في الطّهارة بل أولى وأقوى؛لأنّ الخلّ أقلع للنّجاسة من الماء؛لأنه يزيل اللّون والدّسومة لما فيه من الشّدة والحموضة، وفي الألوان ما لا يزول بالماء، وماء الورد يزيل العين والرّائحة، فكان في معنى التّطهير أبلغ وأدقّ. وهو قول عند المالكية والشّافعية والحنابلة[1].

واشترط الحنفية لجواز المائعات في إزالة النّجاسة شروطاً هي:

الأوّل: كون المائع طاهراً؛ لأنّ النَّجَس لا يزيل النجاسة، احترز به من بول ما يؤكل لحمه.

الشّرط الثّاني: كون المائع الطّاهر مزيلاً؛ كالخلّ وماء الورد، ونحوها، احترز به عن الدّهن والدّبس واللّبن، ونحوها[2].

ولعلّ المذهب القاضي بحصول الطّهارة بغير الماء المطلق من الطّاهرات أرجح المذهبين، والعلم عند الله.

قال في مجموع الفتاوى: ((وهو الصّحيح في الدّليل))، ثم قال: ((إذا كان الشّارع قد جعل الجامدات تزيل النّجاسة عن غيرها؛ كالأرض في ذيول المرأة، والأحجار في الاستنجاء، وجعل الجامد طهوراً، علم أنّ ذلك وصف لا يختصّ بالماء))[3].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٤٠، والبناية ١/٧٠٨، و٧٠٩، و٧١١، وعقد الجواهر ١/٢١، وشرح القلشاني ١/٤٥٣، ومواهب الجليل ١/٢٣٨، والمهذّب ١/١٧٢، والمجموع ٢/٤٢٧-٤٢٨، والمغني ١/١٧، و٥٦-٥٩، والمحلّى ، ١/١٠٥-١٠٨، ومجموع الفتاوى ٢١/٥٠٨-٥١٠، وفتح الباري ١/٤٠٨-٤١٢ ،و٩/٥٨٥-٥٨٧.

(٢) انظر: البناية ١/٧٠٩-٧١٠.

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١/٥١٠، و٥١١.

٣- الأحجار، كما في الاستجمار[١].

٤- والفرك والحتّ بعد الجفاف في بعض الأنجاس في بعض المحال[٢].

٥- الجفاف والمسح، فإذا جفّ الخف، أو مسحه على الأرض تزول العين بالكلّيّة، بخلاف الرّطوبة؛ لأنّ العين وإن زالت فالرّطوبات باقية[٣].

الانتفاع بالمستحيل من الأعيان النّجَس.

أوّلاً: المستحيل مأخوذ من الاستحالة، وهي لغة: الاعوجاج والانقلاب والتّغيّر، من حالت القوس واستحالت؛ إذا انقلبت من حالها واعوجّت، واستحال الشّيء تغيّر عن طبعه ووصفه[٤].

وهي عند الفقهاء تطلق على معانٍ منها:

١-تغيّر الشّيء عن طبعه ووصفه، أو انقلاب الشّيء من صفة إلى صفة أخرى، أو تحوّل العين النَّجَس بنفسها أو بواسطة، أو تغيّر الشّيء تغيّراً لا يقبل الإعادة[٥].

٢-وجاء تعريفها في مجلّة مجمع الفقه الإسلامي بأنّها: (تغيّر المادّة النّجسة أو المحرَّم تناولها وانقلاب عينها إلى مادّةٍ مباينةٍ لها في الاسم والخصائص والصّفات)[٦].

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٢١/٤٧٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٤١، و٢٤٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٤٢.

(٤) انظر: مختار الصّحاح ص: ١٦٣، والنّهاية في غريب الحديث ١/٤٦٣، والمصباح المنير ١/١٥٧.

(٥) انظر: النّهاية في غريب الحديث ١/٤٦٣، والموسوعة الفقهية ٣/٢١٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٩.

(٦) مجلة مجمع الفقه الإسلام ج٢، ع١٠، ص: ٤٦١.

الاستحالة في المصطلح العلمي:

جاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بأنها: «كل تفاعل كيميائي يُحَوِّلُ المادة إلى مركب آخر، كتحويل الزيوت والشحوم على اختلاف مصادرها إلى صابون»[١].

ثانياً: أسباب الاستحالة وصورها:

تتحوّل المادة من صفة إلى أخرى، أو من نَجَسٍ إلى طاهرٍ أو عكسٍ، نتيجة أسباب عديدةٍ. وقد اختلف العلماء في اعتبار تلك الطّرق والأسباب، بين مضيّقٍ في ذلك ومتوّسعٍ، وقد توسّع الحنفية في ذلك، حيث أوصلوا طرق إزالة النجاسة إلى أكثر من ثلاثين طريقاً. وفيما يلي ذكر بعضٍ منها[٢]:

١-الحياة، فقد تتحول العذرة إلى حيوان فيكون طاهراً عند بعض الفقهاء، وكدم البيضة يستحيل فرخاً؛ لأن للحياة أثراً في درء النّجاسات.

٢-الذّكاة؛ فإنّ الحيوان إن كان مأكول اللّحم فذبح طهر بجميع أجزائه إلاّ الدّم المسفوح؛ لأنّ الذّكاة تشارك الدّباغ في إزالة الدّماء السّائلة

---

(١) المرجع السّابق.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/ ٢٤٠-٢٤٧، والبناية ٩ ٧٠ فما بعدها، والبحر الرّائق ١/٢٣٩، وحاشية ابن عابدين ١/ ٣٠٩-٣١٥، والبيان والتحصيل١/١٨٧-١٩٠، وشرح القلشاني ١/ ٤٤٠-٤٤٢، ومواهب الجليل١/١٣٤، و١٣٨، و١٣٩، و١٥٢ وما بعدها، و٢٢٠-٢٢٢، والمهذّب ٢/ ٤٠٩، و٤١٢، و٤٢١، والمجموع ٢/٤١٢، و٤٢١ فما بعدها، ومغني المحتاج١/٨٣، والمغني ١/ ٥١-٥٣، و٩٧، ومجموع الفتاوى ٢٠ /٥٢٢، و٢١/٦٥، و٧٠، و٧٥، و٤٧٨-٤٨٠، و٤٨١-٤٨٢، و٥٠١-٥٠٢، و٥٠٤، و٥١٠، و٥١٤، و٥٢٥، و٦٠٨-٦١٢، ومنتهى الإرادات ١/ ٧، وشرح منتهى الإرادات ١/ ٤٠، و٢٠٣-٢١١.

والرّطوبات النَّجَس، فتشاركه في إفادة التّطهير.

٣-الجفاف، كأن تصيب النّجاسة أرضاً فلا تغسل لفورها حتّى تجفّ إمّا بفعل الشّمس أو بفعل الرّياح أو النّار أو بأيّ صورةٍ كانت.

٤-الأرض والتّراب،يطهّر أسفل النّعل، وأسفل الذّيل،فلأن يطهّرنفسه بطريق الأولى.

٥-الدّباغ، على القول بأنه إحالة لا إزالة.

٦-الاحتراق سواء بالنّار، أم الشّمس؛ كالروث إذا صار بالإحراق رماداً، والطّين النَّجَس يصير بالإحراق فخاراً.

٧-الاستهلاك كما لو وقعت الدّم أو الميتة، أو لحم الخنْزير في الماء أو غيره واستهلكت لم يَبْقَ هناك دمٌ ولا ميتةٌ ولا لحم خنْزيرٍ أصلاً؛ كما أنّ الخمر إذا استهلكت في المائع لم يكن الشّارب لها شارباً للخمر، والخمرة إذا استحالت بنفسها وصارت خلاًّ كانت طاهرةً باتّفاق العلماء.

٨-المكاثرة: كوقوع العين النّجسة في مادةٍ طاهرةٍ فتندثر وتفني فيها بجميع أجزائها وعناصرها، وكسقوط خنْزيرٍ في ملاحةٍ وانقلابه ملحاً، وكسقوط نجاسة في ماء فتستهلك فيها ولا يبقى لها أثر من لونٍ أو طعمٍ أو ريحٍ.

٩-التّخلّل والتّخليل، كالخمر إذا صارت خلاً، وهو في الحقيقة تفاعل كيميائي.

١٠-بالنّزح باستخراج المادة المؤثّرة منه، أو بأن يؤخذ بعضه، كما لو وقعت في المادة نجسة وقبل ذوبانها أخذ الجزء منه فيبقى الباقي طاهرٌ.

١١-طول المكث؛ فإنّ العين النَّجَس إذا تغيّر بمضي الزّمان وتبدّلت أوصافها تصير شيئاً آخر.

١٢-الرّيح، كأن تحمل الرّائحة الخبيثة إلى الطّهور.

١٣-الاختلاط بالأرض والتّقادم والتّعرض للعوامل الطّبيعيّة: كوقوع

النّجاسة في الأرض وانقلابها تراباً بعد مدة، أو كزوال النّجاسة وذهاب أثرها بالجفاف بتأثير الشّمس أو الرّياح.

١٤-التّغيّر الكيميائي: هو الذي ينتج عنه موادٌ جديدةٌ تحدث بسبب الاحتراق أو بدونه، ولا يمكن إعادة المادة إلى حالتها الأصلية[١].

والعمل الكيميائيّ في النّجاسة هو أن تَتَحَوَّلَ العين النّجسة إلى عين أخرى بفعلٍ كيماويٍّ، وذلك بردِّ المواد النّجسة إلى أصلها وحال طهارتها برصد مادة النّجاسة وتجميع عناصرها وفرزها عمّا سواها لتنفكّ عنه، ويدخل في هذا الباب الخمر إذا صارت مادة جامدة، وانقلاب العين النّجسة إلى صابون.

فمتَى زالت العين بشيءٍ ممّا ذكر فقد حصلت الطّهارة.

ثالثاً: حكم الانتفاع بالمواد النّجسة إذا استحالت:

اختلف الفقهاء في مدى إمكانية انقلاب الأعيان النّجسة بالاستحالة إلى الطّاهرة على مذهبين:

المذهب الأول:أن نَجَس العين لا يطهر بالاستحالة،بخلاف الخمر إذا تخلّلت بنفسها، والجلد المدبوغ إذا قيل إنّ الدّبغ إحالة لا إزالة.

وبه قال:الشّافعية،وظاهر مذهب الحنابلة،وأبو يوسف وبعض

---

(١) مثاله: عند تسخين السّكر حتّى يحترق ويصبح أسود اللّون؛ فإنّ لون وطعم ورائحة السّكر تتغيّر وتظهر مادةٌ ذات صفات جديدة؛ فيسمّى هذا التّغيّر تَغيُّراً كيميائيّاً.
وفي مقابل التّغيّر الكيميائيّ: التّغيّر الفيزيائيّ، وهو: تحوّل المادة من حالة إلى أخرى بالتّبريد أو التّسخين دون أن ينتج عن ذلك موادٌ جديدةٌ.
مثاله: ذوان السّكر في الماء، لا ينتج عنه موادٌ جديدةٌ، ولذا يُسمّى تغيُّراً فيزيائيّاً.
انظر: العلوم للصّفّ الرّابع الابتدائي (بنات) ص ١٠٤-١٠٧.

الحنفية، وبعض المالكية.

لأنّ أمثال العذرة والسّرجين والخنْزير والكلب قد حكم بنجاسة عينه، وما حكم بنجاسة عينه لا يزول عنه الحكم ولو استحال إلى مادّةٍ أخرى، ما دامت عينه باقية(١).

المذهب الثاني: أن نَجَس العين يطهر بالاستحالة.

وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وإليه ذهب جمهور أصحابهما، وعليه الفتوى في المذهب الحنفي لعموم البلوى به، وهو مذهب جمهور المالكية والمحقّقين منهم، وهو مذهب الإمام البخاري واختياره،ومذهب ابن تيمية، وقولٌ مُخَرَّجٌ في المذهب الحنبلي، قياساً على الخمرة إذا انقلبت،وجلود الميتة إذا دبغت،والجلالة إذاحبست،وإلى هذا المذهب ذهب الظاهرية(٢).

لأنّ العين النّجسة إذا انقلبت إلى طهارة؛ فإنّها تطهر قياساً على طهارة الخمر بتخلّلها، وجلود الميتة إذا دبغت، والجلاّلة إذا حبست، والنّطفة إذا تحوّلت إلى علقةٍ نجسةٍ، ثم تحوّلت العلقة مضغة فتطهر عند ذلك(٣).

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢١٠/١، والبحر الرّحيق ١٨٩/١، و٣٢٦، وشرح القلشاني ٤٣٥/١-٤٣٨، والمهذّب ٤٠٩/٢، والمجموع ٤٠٩/٢-٤١٢، ومغني المحتاج ٨١/١، والمغني ٩٧/١، و٣٤٩/١٣-٣٥٠، ومجموع الفتاوى ٥٢٢/٢٠، و٦٥/٢١، و٧٠، و٧٥، و٤٧٨-٤٧٩، و٤٨١-٤٨٢، و٦٠٨-٦١٢، ومنتهى الإرادات ٧/١، و٣٠-٣١، وشرح منتهى الإرادات ٤٠/١، ٢٠٩.

(٢) انظر: البحر الرائق ٢٣٩/١، وحاشية ابن عابدين ٢١٠/١، وشرح الخرشي ٨٨/١، شرح القلشاني ٤٣٥/١-٤٣٨، والمغني ٩٧/١، ومجموع الفتاوى ٥٢٢/٢٠، و٦٥/٢١، و٧٠، و٧٥، و٤٧٨-٤٨٠، و٤٨١-٤٨٢، و٥١٠، و٦٠٨-٦١٢، والمحلى ١٠٥/١-١٠٨،و١٤١-١٤٣،و١٧٨-١٧٩،وفتح الباري ٤٠٨/١-٤١١.

(٣) انظر: فتح القدير ١٧٦/١، وأسهل المدارك ٤٠/١، والمراجع السّابقة في مجموع الفتاوى.

ولأنّ الله أباح الطّيّبات وحرّم الخبائث، والأحكام إنّما هي على ما حكم الله -تعالى- به على حساب ما يقع عليه ذلك الاسم الذي خاطبنا الله ﷻ به، فإذا سقط الاسم فقد سقط الحكم، فإذا استحالت صفات عين النّجَس أو الحرام بطل عنه الاسم الذي به ورد ذلك الحكم، وصار شيئاً آخر ذا حكمٍ آخر، فالأحكام للأسماء والأسماء تابعة لصفات الأعيان وحقائقها[1].

وما ذكروا من الفرق بأنّ الخمر نجست بالاستحالة فتطهر بالاستحالة باطلٌ؛ فإنّ جميع الأعيان النّجسة إنّما نجست بالاستحالة، كالدّم؛ فإنّه مستحيلٌ عن الغذاء الطّاهر، وكذلك البول والعذرة، حتّى الحيوان النّجَس مستحيل عن الماء والتّراب ونحوهما من الطّاهرات[2].

سبب الخلاف:

-الخلاف في ذلك مبنيّ على الخلاف في النجاسة إذا انقلبت أعراضها كعرق السكران، ورماد الميتة، هل يحكم بنجاستها التفاتاً إلى الأصل، أو بطهارتها التفاتاً إلى ما انقلبت إليه، أو يفصل بين ما انقلبت إلى صلاحٍ، كالألبان فالطهارة وإلى فسادٍ كالبول فالنجاسة؟[3].

ولعلّ القول بأنّ الأعيان النّجسة تطهر بالاستحالة والتّغيّر الكيميائيّ أو الفيزيائيّ هو الرّاجح، وذلك بشرط ألاّ يبقى شيءٌ من أثر النَّجَس؛ لا طعمها ولا لونها ولا ريحها؛ إذ إنّ الأصل في إزالة النجاسة وعدمها النظر في الطعم، واللون، والريح، فإذا استحالت العين النَّجسة وتبدّلت أوصافها

---

(١) مجموع الفتاوى ٢١/٤٨١.

(٢) مجموع الفتاوى ٢١/٦١١.

(٣) انظر: شرح القلشاني ١/٤٣٧، والمغني ١٣/٣٤٩.

ومعانيها وحقائقها خرجت عن كونها نَجَساً؛ لأنّه اسم لذاتٍ موصوفةٍ، فتنعدم بانعدام الوصف وصارت كالخمر إذا تخلّلت[1].

قال في المحلّى: ((إذا كانت النّجاسة أو الحرام على جرمٍ طاهرٍ فأزلناها؛ فإنّ النّجس لم يطهر، والحرام لم يَحلّ، لكنه زايل الحلال الطّاهر؛ فقدرنا على أن نستعمله حينئذٍ حلالاً طاهراً كما كان.

وكذلك إذا استحالت صفات عينِ النّجس أو الحرام فبطل عنه الاسم الذي به وَرَدَ ذلك الحكم فيه، وانتقل إلى اسمٍ آخر واردٍ على حلال طاهرٍ؛ فليس هو ذلك النّجس ولا الحرام، بل قد صار شيئاً آخر ذا حكمٍ آخر))[2].

وفي مجموع الفتاوى: ((ومذهب أهل الظّاهر وغيرهم أنّها طاهرة، وهذا هو الصّواب المقطوع به))[3].

وفيه أيضاً: ((والصّواب أنّ ذلك كلّه طاهرٌ إذا لم يبقَ شيءٌ من أثر النَّجَس؛ لا طعمها ولا لونها ولا ريحها))[4].

وفيه أيضاً: ((فإذا كانت الخمر التي هي أمّ الخبائث إذا انقلبت بنفسها حلّت باتّفاق المسلمين، فغيرها من النّجاسات أولى أن تطهر

---

(١) وقد رجّحه المحقّقون من المالكية كعبد الحقّ، والمازري، وابن يونس، كما رجّحه كلّ من ابن حزم وابن تيمية. انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٤٣، وشرح القلشاني ١/٤٢٧، ٤٣٥-٤٣٦، ومواهب الجليل ١/١٣١، ومجموع الفتاوى ٢٠/٥٢٢، و٢١/٦٥، و٧٠، و٧٥، و٤٧٨-٤٧٩، و٤٨١-٤٨٢، و٦٠٨-٦١٢، والمحلّى ١/١٠٥-١٠٨، و١٤٠-١٤١.

(٢) المحلّى لابن حزم ١/١٤٣.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١/٧٠.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١/٤٨١.

بالانقلاب، وإذا قدر أنّ قطرة خمر وقعت في خل مسلمٍ بغير اختياره فاستحالت كانت أولى بالطّهارة»[١].

فإذا كان هذا في الأعيان النّجس، فالمُتَنَجِّس من باب أولى، وعليه يخرّج جواز استعمال مياه المجاري بعد استحالتها وزوال أعراض النّجاسة. وقد توصلت بفضل الله التّقنية الحديثة إلى طرقٍ لمعالجة مياه المجاري والصّرف الصّحّيّ وتطهيرها من النّجاسات وتدويرها إلى مياهٍ نقيّةٍ خالية من أعراض النّجاسة، وقد صدر قرارات مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السّعودية -حرسها الله- يقضي بطهارتها بعد تنقيتها التّنقية الكاملة، وجواز استعمالها، وفيما يلي نصّ بعضها:

قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السّعودية، فتوى رقم: (٢٤٦٨):

«بناء على ما ذكره أهل العلم من أنّ الماء الكثير المتغيِّر بنجاسة يطهر إذا زال تغيّره بنفسه أو بإضافة ماء طهورٍ إليه،أو زال تغيّره بطول مكثٍ أو تأثير الشّمس ومرور الرّياح عليه، أو نحو ذلك لزوال الحكم بزوال علّته.

وحيث إنّ المياه المتنجِّسة يمكن التّخلّص من نجاستها بعدّة وسائلَ، وحيث إنّ تنقيتها وتخليصها مما طرأ عليها من النّجاسات بواسطة الطّرق الفنّيّة الحديثة لأعمال التّقنية يعدُّ من أحسن وسائل التّرشيح والتّطهير؛ حيث يبذل الكثير من الأسباب المادية لتخليص هذه المياه من النّجاسات

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٧/٢١، ٥٢٥، ٦١٠-٦١٢.

كما يشهد ذلك ويقرّره الخبراء المختصّون بذلك ممَّن لا يتطرّق الشّكّ إليهم في عملهم وخبرتهم وتجاربهم.

لذا؛ فإنّ المجلس يرى طهارتها بعد تنقيتهاالتّنقيةالكاملة بحيث تعودإلى خلقتها الأولى لا يُرَى فيها تغيّر بنجاسة طعمٍ ولا لونٍ ولا ريحٍ، ويجوز استعمالها في إزالة الأحداث والأخباث وتحصل الطّهارة بها منها كما يجوز شربها، إلاّ إذا كانت هناك أضرار صحّيّة تنشأ عن استعمالها فيمتنع ذلك محافظةً على النّفس وتفادياً للضّرر لا لنجاستها.

والمجلس إذ يقرّر ذلك يستحسن الاستغناء عنها في استعمالها للشّرب متى وجد إلى ذلك سبيل احتياطاً للصّحّة واتّقاء لضررٍ وتَنَزُّهاً عمّا تستقذره النّفوس وتنفر منه الطّباع.

وبالله التّوفيق، وصلّى الله على نبيّنا محمّد وآله وصحبه وسلّم».

اللّجنة الدّائمة للبحوث العلمية والإفتاء[1].

وأما المركبات الكيمائية المستخرجة من أصول نجسة أو محرمة كالدّم المسفوح أو مياه المجاري والتي لم تتحقق فيها الاستحالة بالمصطلح المشار إليه؛ فلا يجوز استخدامها في الغذاء والدواء[2].

من تطبيقات القاعدة:

---

(١) فتاوى اللّجنة الدّائمة للبحوث العلمية والإفتاء ٥/٧٩-٨٠، فتوى رقم: (٢٤٦٨)، وانظر: ص: ٨١-٨٣، فتاوى رقم: (٣٠٢٢، و٣١٥٩، و٤٤٣١)، وانظر: البحر الرّحيق ١/١٨٩، ومجلة البحوث الإسلامية ع٤٩/٣٥٩، ومجموع فتاوى ورسائل الشّيخ محمّد بن صالح العثيمين ١١/٨٨-٩٠.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ج٢، ع١٠، ص: ٤٦٢، والمراجع السابقة.

١-أنّه متى ما زال عين النّجاسة من بدن، أو مكان، أو ثوب، أو في مادة، بأي وجه كان، زال حكمها؛ لأنّ الحكم يدور مع العلّة وجوداً وعدماً[١].

٢-أنّه لا فرق بين الماء والمائعات في ملاقاة النّجاسة، وفي إزالة النّجاسة[٢].

٣-عدم اشتراط العدد في إزالة النّجاسة، وأنّ العدد الوارد في الاستجمار؛ بأن لا يستنجى بأقلّ من ثلاثة أحجار فمحمولٌ على الاستحباب، حتّى يجمع بين المفهوم من الشّرع، والمسموع من هذه الأحاديث، وما ورد في غسل الإناء من ولوغ الكلب محمولٌ على عبادة محضة لا لنجاسة[٣].

٤-أنّ الدّبغ يطهّر جلود الميتة فيجوز الاستسقاء بها،والصّلاة عليها،إلاّ الكلب والخنْزير[٤].

أنّ بقاء الأثر بعد إزالة العين، ينظر؛ فإن كان مما يزول أثره لا يحكم بطهارته ما لم يزل الأثر قائماً؛ لأنّ الأثر لون عينه، فبقاؤه يدلّ على بقاء عينه، وإن كانت النّجاسة مما لا يزول أثرها لا يضرّ بقاء أثره[٥].

لأنّ الله -تعالى- لما لم يكلّفنا غسل النّجاسة إلاّ بالماء مع العلم أنّه ليس في طبع الماء قلع الآثار دلّ على أنّ بقاء الأثر فيما لا يزول أثره ليس

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٤٧٥/٢١، و٥٠٣.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٥٢٥/٢١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢٤٢/١، ٢٤٨، والبناية ٧٠٨/١، والتّفريع ٢١١/١، والمعونة ١٧٢/١، وبداية المجتهد ٢١٤/١-٢١٥، والمهذّب ٤٢١/٢، والمجموع ٤٢٢/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٣/١.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢٤٣/١، وعقد الجواهر ١٢/١، و٢٦، والتّاج والإكليل ١٤٣/١، ومواهب الجليل ١٤٤/١، ١٤٦، والمهذّب ١١٠/١، والمجموع ١١٠/١، و١١٢-١١٦، والمغني ٨٩/١، وشرح منتهى الإرادات ٥٥/١.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٢٤٩/١، ومجموع الفتاوى ٤٧٦/٢١، وأشباه السّيوطي ص: ٦٧٦.

بمانع زوال النّجاسة[1].

٥-أنّ استحالة النَّجَس؛ كرماد السّرجين النَّجَس، والزّبل النَّجَس تصيبه الرّيح والشّمس فيستحيل تراباً؛ وكذا الأرض يصيبها نَجَسٌ ثم ذهبت به الـريّح أو الشّمس؛ فإنّ هذا كلّه طاهر تجوز الصّلاة عليه والتّيمّم به[2].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢٤٩/١، ومجموع الفتاوى ٤٧٦/٢١.
(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٤٢/١، والبناية ٧٢٨/١-٧٢٩، و٧٣٢، وحاشية ابن عابدين ٣١١/١، ومجموع الفتاوى ٤٧٨/٢١-٤٨٠.

المطلب الأوّل من القاعدة العشرين [٢٠]

[ما هو رِجسٌ في عينه فهو نَجَسٌ لعينه]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في بيان السّبب الأوّل من أسباب اختلاف العلماء في مسألة أسآر[١] المسلمين وبهيمة الأنعام ليعارض به أصلاً آخر عند المالكية؛ حيث قال: ((أمّا القياس فهو أنّه لما كان الْمَوتُ من غير ذكاةٍ هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشّرع، وجب أن تكون الحياة هي سبب طهارة عين الحيوان، وإذا كان ذلك كذلك، فكلُّ حيٍّ طاهرُ العين، وكلُّ طاهر العين فسؤره طاهر.

وأمّا ظاهر الكتاب؛ فإنّه عارض هذا القياس في الخنْزير والْمُشرك؛ وذلك أنّ الله تعالى يقول في الْخنْزير: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ﴾[٢]، **وما هو رِجْسٌ في عينه فهو نَجَسٌ لعينه**))[٣].

توثيق القاعدة:

ذكر بعض العلماء القاعدة بعبارةٍ أخرى قريبة من لفظ ابن رشد؛ حيث قالوا: ((الرّجس هو النّجس))[٤].

---

(١) آسار: جمع سؤر، مهموز، وهو: فضلة الشّرب، أي: ما بقي في الإناء بعد شربه أو أكله. ومراد الفقهاء بقولهم: ((سؤر الحيوان طاهر أو نجس: لعابه ورطوبة فمه)). انظر: المجموع ٨٠/١، و٣٩٩/٢، وعقد الجواهر ١١/١، ومواهب الجليل ٧١/١، والمغني ٦٤/١.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

(٣) بداية المجتهد ٨٠/١.

(٤) قال الكاساني في بدائع الصّنائع ٢٠٦/١: ((أمّا الخمر؛ فلأنّ الله سَمَّاه رجساً في آية تحريم =

قال في تيسير الكريم الرحمن في قوله تعالى: ﴿ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ ﴾، ((وصفٌ شاملٌ لكلّ مُحرَّمٍ؛ فإنّ المحرّمات كلّها رِجْسٌ وخُبْثٌ، وهي من الخبائث المستقذرة التي حرّمها الله على عباده))(١).

شرح مفردات القاعدة:

الرِّجْسُ، يطلق على أمرين:

الأمر الأوّل: النَّتْن، والْعَذِرة، الأقْذَارُ.

الأمر الثّاني: المأثم والسّخط، والعذاب، وكلّ ما استُقْذِرَ من العَمَل، رَجِسَ رَجَاسَةً: عَمِلَ عَملاً قبيحاً، يقال: رجلٌ رِجْسٌ ورجالٌ أَرْجَاسٌ.

وقيل: الرِّجْس: النَّجِس، وربما قالوا: الرَّجَاسة والنَّجاسة؛ أي: جعلوهما بمعنًى.

والرِّجْس يكون على أربعة أوجه: إمّا من حيث الطّبع، وإمّا من جهة العقل، وإمّا من جهة الشّرع؛ كالخمر والْمَيسر، وإمّا من كلّ ذلك كالْمَيتة؛ فإنّها تعاف طبعاً وعقلاً وشرعاً(٢).

=

الخمر فقال: ﴿رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ﴾[المائدة، من الآية ٩٠]، والرّجس هو: النّجس)).
وقال أيضاً: ((وصف سبحانه وتعالى الخمر بكونها رجساً وغير المحرَّم لا يوصف به، فهذا يدلّ على كونها محرَّمة في نفسها)). بدائع الصّنائع ٢٧٧/٤، وانظر: بدائع الصّنائع ١٩٥/١، والمقدّمات لابن رشد ٤٤٢/١، وأحكام ابن العربي ٢٨٦/٣، وتفسير القرطبي ٥٣/١٢.

(١) تفسير السّعدي ص ٢٧٨.

(٢) انظر: تهذيب اللّغة ٥٨٠/١٠-٥٨٢، والمفردات ص: ١٩٤، وطلبة الطّلبة ص: ٣١٧، ولسان العرب ٩٤/٦-٩٦، وفتح الباري ١٩٣/١٠،والمصباح المنير ص: ٨٣، والقاموس المحيط ص: ٧٠٦، مادة: رجس، وتفسيرالقرطبي ٢٦٨/٦-٢٦٩،

=

النَّجَس: عينُ النجاسة، وأمّا بكسرها فهو الْمُتَنَجِّس.

والنّجَس، والنَّجِس، والنَّجْس، والنِّجْس، ضدّ الطّاهر، والشّيء القذِر من النّاس ومن كلّ شيء قذرته.

وعلى هذا، فقد يكون الرّجس والقذر والنّجاسة بمعنًى، وقد يكون القذر والرّجس بمعنًى غير النّجاسة.

وهو أتباع الرِّجْس على نظمه، فإذا أُفرد قيل: نَجَسٌ؛-بفتح النُّون والجيم-إذا أريد به الاسمُ، أي: عين النّجاسة كالبول ونحوه، فإذا أريد به النَّعت فهو نَجِسٌ-بفتح النُّون وكسر الجيم-، أي: الْمُتَنَجِّس.

وقيل: النَّجَس-بفتح النّون والجيم-يكون للواحد والاثنين والجمع والمؤنّث بلفظ واحد: رجلٌ نَجَسٌ ورجلان نَجَسٌ وقومٌ نَجَسٌ، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾[1]، والنَّجِس-بفتح النّون وكسر الجيم-ثُنِّي وجُمِعَ وأُنِّثَ فقيل: رجل نَجِسٌ، وامرأة نجسة، وقوم أنجاسٌ.

ونَجسَ من الأفعال التي يخالف معانيها ألفاظها في اللّغة العربية. يقال: فلانٌ تَنَجَّسَ إذا فعل فعلاً يخرج به من النّجاسة؛ كما يقال: يَتَأَثَّمُ، ويَتَحَرَّجُ، ويَتَحَنَّثُ، إذا فعل فعلاً يَخْرُج به من الإثم والحَرَج والحِنْث[2].

=

و٧/٧٤، و٧/٢١٢، و١٢/٥٣.

(١) سورة التّوبة، الآية: ٢٨.

(٢) انظر: تهذيب اللّغة ١٠/٥٩٣-٥٩٤، ومعجم مقاييس اللّغة ٥/٣٩٣، والمفردات ص: ٤٨٥، وطلبة الطّلبة ص: ٣١٧، والبناية ١/٧٠٤، والمجموع للنّووي ٢/٣٩٠، ولسان العرب ٦/٢٢٦-٢٢٧، والمصباح المنير ص: ٨٣، القاموس المحيط ص: ٧٤٣، مادة (نجس).

الرّجاسة والنّجاسة في الاصطلاح:

هما بِمعنًى واحدٍ، وجاء تعريفهما عند الفقهاء بعباراتٍ مختلفة في اللّفظ متقاربةٍ في المعنى، منها:

قيل: هي الاستقذار الطّبيعي لاستحالة الشّيء إلى فسادٍ[١].

وقيل: هي: حكمٌ شرعيٌّ أمر الله بإبعادها[٢].

وقيل: هي: كلّ عينٍ حَرُمَ تَنَاوُلُها على الإطلاق مع إمكان التّناول، لا لحرمتها أو استقذارها أو ضررها في بدنٍ أو عقلٍ[٣].

وقيل: هي: عينٌ أو صفةٌ مَنَع الشّرعُ منها بلا ضرورةٍ، لا لأذىً فيها طبعاً، ولا لِحقِّ الله تعالى، أو لِحقّ غيره شرعاً، ولا لِحرمتها، ولا لاستقذارها[٤].

معنَى القاعدة الإجمالِي:

تبيّن القاعدة ماهية نَجَسِ العين، وأحكامَهُ، وتفيد أنّ هناك فرقاً بين النَّجَس الذي هو عين النّجاسة وبين النَّجِس الذي هو الشّيء الْمُتَنَجِّس بالنَّجَس، وأنّ ما هو رجسٌ لعينه فهو نَجَسٌ لعينه، سواء كانت الرّجاسة من حيث الطّبع، أو من جهة العقل، أو من جهة الشّرع؛ كالخمر والْمَيسر، أو من كلّ ذلك كالْمَيتة؛ فإنّها تعاف طبعاً وعقلاً وشرعاً،

---

(١) هذا تعريف الكاساني في بدائع الصّنائع ١/١٩٦، و١٩٧.

(٢) هذا تعريف ابن العربي في أحكام القرآن ٢/٤٦٨، و٣/٢٨٦، وانظر: وتفسير القرطبِي ١٢/٥٣، والشّرح الكبير للدّردير ١/٣٣، وحاشية الدّسوقي عليه ١/٣٣.

(٣) هذا تعريف النّووي في المجموع ٢/٣٩٠.

(٤) هذا تعريف البهوتي في شرح منتهى الإرادات ١/٣٢٥، وانظر: منتهى الإرادات ١/٤٨، والإنصاف للمرداوي ١/٢٦.

ولأنّ الحرمة لا للاحترام دليلٌ للنّجاسة[(١)].

كما تفيد القاعدة أنّ ما لم يكن رجساً في عينه لا يكون نَجساً لعينه؛ كالخمر؛ فإنّها رجس بمعنَى القذر، فهي نَجَس ولكن نجاستها ليست لعينها وإنّما هي لشدّها المسكرة الحادثة لها.

قال في التّمهيد: «الذي عليه عامّة العلماء في خمر العنب ما ذكرت لك عنهم؛ تحريم قليلها وكثيرها، وأنّها عندهم رجس كسائر النّجاسات، إلاّ أنّ تحريمها عندهم لعلّة الشّدّة والإسكار، وليس كذلك تحريم الميتة وما جرى مجراها مما حُرِّم لذاته وعينه، ولهذا اختلف العلماء في تخليل الخمر، وفي طيبها عند زوال العلّة المذكورة عنها»[(٢)].

وقال في المقدّمات: «وليس معنَى قولنا: إنّ الخمر نجسة الذّات أن ذاها نجسة؛ إذ لو كانت ذاها التي هي جسمها نجسة لما انتقلت بتبدّل صفاها إلى الطّهارة، وإنّما معنى قولنا: إنّها نجسة الذّات؛ أنّ ذاها نجست بحلول صفات الخمر فيها»[(٣)].

وقال في شرح منتهى الإرادات: «وإلاّ خمرة انقلبت بنفسها خلاًّ فتطهر؛ لأنّ نجاستها لشدّها المسكرة الحادثة لها، وقد زالت من غير نجاسةٍ خلّفتها كالماءالكثير المتغيِّر بزوالِ تَغَيُّرِهِ بنفسه،بخلاف النّجسات العينية»[(٤)].

---

(١) انظر: المفردات للأصفهاني ص: ١٩٤، وبدائع الصّنائع ١/٢٠٦، والتّمهيد ١٠/٣٦٩، والاستذكار ٤/٣٠٠، والمحلى ١/١٩٢.

(٢) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٤/١٦٨.

(٣) المقدّمات لابن رشد الجدّ ١/٤٤٢-٤٤٣.

(٤) شرح منتهى الإرادات ١/٢٠٩. وانظر: بدائع الصّنائع ٤/٢٧٨، والمجموع =

وقد يوصف شيءٌ بالنَّجَس كما في المشركين، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾[1]، ولا تكون نَجاسةً عينيةً، بل نَجاسةٌ وصفيةٌ؛ فيكون هذا خرج مخرج الذّمّ؛ لأنّ المشركين لا يَتَنَزَّهُون عن الأقذار[2].

تَمييز الأعيان النَّجَس والطّاهرة:

اختلف أصحاب المذاهب الفقهية فيما يعتبر نَجساً وما لا يعتبر على النّحو التّالي:

قسم الحنفية الأعيان النّجسة إلى نوعين[3]:

١-النّجاسة الْمُغَلَّظة.

٢-النّجاسة الْمُخَفَّفة، ثم وقع الخلاف بينهم في تحديدهما:

فعند الإمام أبي حنيفة رحمه الله النّجاسة الْمُغَلَّظة، هي: ما ورد نصٌّ على نجاسته ولم يرد نصٌّ على طهارته معارضاً له، وإن اختلف العلماء فيه.

والنّجاسة الْمُخَفَّفة، هي: ما تعارض نصَّان في طهارته ونجاسته. هذا عند الإمام أبي حنيفة.

وعند صاحبيه؛ أبي يوسف ومحمّد الْمُغَلَّظة هي: ما وقع الاتّفاق على نجاسته، والْمُخَفَّفة: ما اختلف العلماء في نجاسته وطهارته.

ويُمَثّل للمغلّظة عندهم بالغائط، ونحوه، وبول ما لا يؤكل لحمه،

=

٢/٤٠١، والمحلى ١/١٩٢.

(١) سورة التّوبة، الآية: ٢٨.

(٢) انظر: بداية المجتهد ١/٨١، وتفسير السّعدي ص ٣٣٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٠٦، و٢٣٢، و٢٣٤-٢٣٥، والفتاوى الهندية ١/٤٥-٤٦، والسّيل الجرار ١/٣١، و٤٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٤٥.

ودم الحيض، ونحوه، والخمر، والرّوث.

ويُمَثّل للمخفّفة ببول ما يؤكل لحمه.

وقال الْمَالكيَّة عند الكلام عن تمييز الأعيان الطّاهرة عن النّجسة(١):

١-الجمادات كلّها على الطّهارة إلاّ الخمر، وفي معناها كلّ نبيذٍ مسكرٍ فإنّه نجَسٌ، ويعنون بالجماد ما ليس بذي روحٍ، ولا منفصلٍ من ذي روحٍ.

٢-والحيوانات كلّها على الطّهارة، لأنّ الطّهارة هي علّة الْحياة، واستثنى بعضهم الكلب، والْخنْزير.

٣-والْمَيتات كلّها على النّجاسة إلاّ دواب البحر، وما ليس له نفس سائلة من دواب البرّ وميتة الآدمي فإنّها كلّها طاهرة.

٤-وكذلك دود الطّعام طاهرٌ ولا يحرم أكله مع الطّعام، وكلّ ما ليس له نفس سائلة لا ينجس بالموت، ولا ينجس ما مات فيه من ماء أو مائع.

وذهب الشّافعية إلى أنّ الأصل في الأعيانِ الطّهارةُ، وفصّلوا في ضبطها فقالوا: الأعيان: جماد، وحيوان، وما له تعلّق بالحيوان.

فالجماد وهو ما ليس بحيوانٍ ولا كان حيواناً، ولا جزءاً من حيوانٍ، ولا خرج من حيوانٍ كلّه طاهر إلاّ الخمر وكلّ نبيذٍ مسكرٍ.

وأمّا الحيوان أي: الْحَيّ فكلّه طاهرٌ إلاّ الكلبَ والْخنْزير، وفرع كلٍّ منهما، وجزء من الحيوان كميتته.

والْميتات كلّها نَجَسٌ إلاّ خمسة: السّمك والجراد والآدمي والجنين

---

(١) انظر: التّفريع لابن الجلاب ٢١٤/١، وأحكام ابن العربي ٨٠/١، وعقد الجواهر ١٠/١-١١، ومواهب الجليل ١٢٢/١، ١٢٦.

بعد ذكاة أمّه والصّيد الذي لا تدرك ذكاته[1].

وذهب الحنابلة إلى أنّ الحيوان كلّه طاهر إلاّ الكلب والْخِنْزِير وما تولّد منهما، أو من أحدهما فهو نَجَسٌ عينُه وسؤره وجميع ما خرج منه.

والْميتة كلّها نَجَسةٌ إلاّ السّمك والجراد والآدمي[2].

تقسيم النّجاسة إلى نَجاسةٍ عينيةٍ حقيقيّةٍ ونَجاسةٍ حكميةٍ تعبّديّة:

درج الفقهاء على تقسيم النّجاسة إلى: نَجاسةٍ عينيةٍ حقيقيّةٍ ونَجاسة حكمية تعبّديّة.

فالعينية الحقيقيّة هي: ما لا تُجَاوِزُ محلَّ حلولِ موجبِها ولا بدّ من إزالتها؛ كغسل الخبث.

أو هي التِي يدرك لَها عينٌ أو صفةٌ من طعمٍ أو لونٍ أو ريحٍ، والحكمية هي التِي لا يدرك لها عينٌ ولا وصفٌ.

وهي على نوعين:

نَجاسةٌ حقيقيّةٌ مغلَّظةٌ، وهي ما لا خلاف في نجاسته؛ كالبول والغائط والدّم والميتة.

ونَجاسةٌ حقيقيّةٌ مُخَفَّفةٌ، وهي ما اختلف في نجاسته؛ كبول ما يؤكل لحمه.

---

(١) انظر: المهذب ١/١٦٠-١٦٥، ومغني المحتاج ١/٧٧، والمجموع ٢/٣٩٠، فما بعدها، ٤٠٠ فما بعدها، و٤٠٧ فما بعدها، وأشباه السّيوطي ص: ٦٦٦-٦٦٨، و٦٧٤.

(٢) انظر: الْمُغنِي ١/٥٥، و٥٩-٧٣-٨٥، و١٣/٣١٦، و٣٤٣، وزاد المستقنع ص ٦، و١٦، ومنتهى الإرادات ١/٩، و٣٠-٣٣، وشرح منتهى الإرادات ١/٥٤-٥٨، و٢٠٣-٢١٨.

وأمّا النّجاسة الحكمية التّعبّديّة؛ فهي: ما تُجَاوِزُ موجبَها ويكفي فيها ورود الماء على المحلّ.

أو هي: ما أَلْحَقَهُ الشّرعُ بالنّجاسة، وأعطاه حكمها، وهي: الحدث الأكبرُ الموجِب للغسل، والحدث الأصغر الموجِب للوضوء(١).

فالقاعدة إذاً تتناسب مع النّجاسة العينية الحقيقيّة؛ التي هي عينٌ مستقذرٌ، والتي لا تقبل التّطهير؛ كالبول والغائط والدّم المسفوح والميتة والخِنْزير، إلاّ ما ثبت استثناؤه شرعاً.

تأثير النّجاسة بملاقاتها ووقوعها في الأعيان الطّاهرة:

أ- الأعيان الطّاهرة إذا لاقاها شيءٌ نَجَسٌ فلا يخلو من أن يكون أحدهما رطباً والآخر يابساً، فإنّه يتنجّس الطّاهر اليابس بالنَّجَس الرّطب، وكذلك العكس، لأنّ الأصل تنجيس ما اتّصل به نَجَسٌ رطبٌ، كمَنْ لبس ثوباً طاهراً يابساً على ثوب مبلول نَجَسٍ تنجَّس به(٢).

ب- تلاقي النّجاسة مائعاً أو جامداً، أمّا الجامد؛ فهذا لا يضرّ تلاقيه النّجاسة، بل تُلقى النّجاسة وما حولها، وينتفع بالباقي؛ لأنّ نجاسته نجاسةٌ مُجَاوِرَةٌ لا مُمَازِجَةٌ، وفي الجملة أنّ ما لاقاه نَجَسٌ ولا يتحلّل؛ فإنّه لا ينجّسه(٣).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع للكاساني ٢٠٦/١، وتفسير القرطبي ٩٦/٨، ومواهب الجليل ١٦٨/١، و٢٢٩، وحاشية إعانة الطّالبين للدّمياطي ٢٧/١، و٩٤، وحاشية البجيرمي ١٧/١، وروضة الطّالبين ٢٨/١، والإنصاف ٢٦/١، ونهاية الزّين للجاوي ٤٦/١، والمغني ٥١/١-٧٣، والإنصاف ٢٦/١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٤٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٤٢/١-٢٤٣، ومواهب الجليل ١٥٠/١، و١٥١، والمهذّب ١٦٥/١، والمغني ٥٣/١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢٠٧/١، و٢٣٠-٢٣١، ومواهب الجليل للحطاب ١٥٧/١، =

وحدّ الجامد، هو الذي لا تسري النّجاسة إلى جميعه، والمتماسك الذي فيه قوّةٌ تَمنع انتقال النّجاسة عن الموضع الذي وقعت عليه النّجاسة إلى ما سواه، فكلّ ما فيه قوّةٌ عمّا يصيبه من الأذى حتّى لا يغيّر ذلك إذا وقع في الماء طعمه، ولا ريحه، ولا لونه فهو طاهرٌ، ومقتضى هذا؛ أنّه لا يفرق بين القليل والكثير إلاّ بالقوّة المانعة للملاقي أن يغيّر أحد أوصافه؛ فتكون العبرة بالتّغيّر وعدمه.

وقيل: هو الذي إذا فُتِحَ وِعاؤه لَم تَسِلْ أجزاؤه[1].

ويدلّ على ذلك حديث أمّ المؤمنين ميمونة -رضي الله عنها- أنّ رسول الله ﷺ سُئِلَ عن فأرةٍ سقطت في سمنٍ فقال: «أَلْقُوها وما حولها، وكلوه»[2].

أمّا المائع، فقد قيل إنّه ينْجُس بوقوع النّجاسة فيه؛ لأنّها تمازجه وتخالطه، ولا فرق بين كونه مائعاً أصلياً كاللبن والزيت، أو جامداً ثم يصير مائعاً كالدّقيق يعجن[3].

وضابط المائع: أن يترادّ بسرعة إذا أُخِذَ منه شيءٌ؛ كالزّيت والسّمن، وغيرهما من الأدهان؛ كالخلّ واللّبن وغيرهما[4].

=

والمهذّب ١/١٦٥، ومختصر الخرقي والمغني ٣٤٧/١٣-٣٤٩، والمغني ٥٣/١.

(١) انظر: المغني ٥٣/١، و٥٤، وفتح الباري ٤٠٨/١، و٥٨٧/٩.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٥٨٥/٩، كتاب الذّبائح والصّيد، باب إذا وقعت الفأرة في السّمن الجامد أو الذّائب، برقم: (٥٣٣٨-٥٣٤٠)، و٤٠٩/١، كتاب الوضوء، برقم: (٢٣٣).

(٣) انظر: فتح الباري ٤٠٨/١، و٥٨٧/٩.

(٤) انظر: فتح الباري ٤٠٩/١-٤١١، و٥٨٧/٩.

والصّحيح الرّاجح أنّ حكم ذلك حكم الماء، وهو أنّه إذا تغيّر أحد أوصافه الثّلاثة: طعمه، ولونه، وريحه، تنجَّس وإلاّ فلا، بل المائعات أولى بعدم التّنجيس من الماء؛ وذلك لأنّ الله تعالى أحلّ لنا الطّيّبات، وحرّم علينا الخبائث، والأطعمة والأشربة من الأدهان والألبان والزّيت والخلول، والأطعمة المائية كلّها من الطّيّبات التي أحلّها الله لنا، فإذا لم يظهر فيها صفة الخبث؛ لا طعمه، ولا لونه، ولا ريحه، ولا شيء من أجزائه كانت على حالها في الطّيب[1].

وأيضاً فإنّ الماء أسرع تغيّراً بالنّجاسة من الملح، والنّجاسة أشدّ استحالة في غير الماء منها في الماء، فالمائعات أبعد عن قبول التّنجيس حسّاً وشرعاً من الماء؛ فحيث لا ينجس الماء فالمائعات أولى أن لا تنجّس[2].

والقول بأنّ المعتبر في التّنجيس تغيّر الصّفات هو قول الإمام البخاري[3].

وذلك لحديث أم المؤمنين ميمونة -رضي الله عنها- السابق.

وجه الدّلالة منه أنّه ﷺ أجاب بهذا الجواب من غير أن يستفصل هل كان مائعاً أو جامداً، وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يُنَزَّلُ منْزلة العموم في المقال، ومع أنّ الغالب على سمن الحجاز أن يكون مائعاً، بل قيل إنّه لا يكون إلاّ ذائباً،والغالب أنّ السّمن لا يبلغ القلتّين،مع أنّه لم يستفصل هل كان قليلاً أو كثيراً؟[4].

---

(١) انظر: المغني ٥٦/١، والمحلّى ١٤٣/١، فما بعدها، ومجموع الفتاوى ٥١٠/٢١-٥١١، و٥١٢-٥١٥، و٥٢٤، وفتح الباري ٤٠٨/١، و٥٨٧/٩.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٥١٥/٢١، وفتح الباري ٤٠٨/١-٤١٢، و٥٨٥/٩-٥٨٧.

(٣) انظر: فتح الباري ٤١٠/١-٤١١.

(٤) انظر: بداية المجتهد ١٨٢/٢، والمغني ٥٦/١، ومجموع الفتاوى ٥١٥/٢١، وفتح =

قال في فتح الباري: «مناسبة حديث السّمن للآثار التي قبله، اختيار المصنِّف -أي: البخاري- أنّ المعتبر في التّنجيس تغيّر الصّفات، فلمّا كان ريش الميتة لا يتغيّر بتغيّرها بالموت، وكذا عظمها؛ فكذلك السّمن البعيد عن موقع الميتة إذا لم يتغيّر، واقتضى ذلك أنّ الماء إذا لاقته النّجاسة ولم يتغيّر أنّه لا يتنجّس»(١).

وقال أيضاً: «مقصود المصنِّف بإيراده -حديث قصّة شاة ميمونة- تأكيد مذهبه في أنّ الماء لا يتنجّس بمجرد الملاقاة ما لم يتغيّر؛ فاستدلّ بهذا الحديث على أنّ تبدّل الصّفة يؤثّر في الموصوف؛ فكما أنّ تغيّر صفة الدَّمّ بالرّائحة الطّيّبة أخرجه من الذّمّ إلى المدح؛ فكذلك تغيّر صفة الماء إذا تغيّر بالنّجاسة يُخرجه عن صفة الطّهارة إلى النّجاسة»(٢).

والعين إذا استحالت من صفة إلى أخرى خرجت عن حالةٍ إلى حالة مباينة لحالته الأولى، كالمسك؛ فإنَّ أصله دَمٌ، فلمّا تغيّر عن الحالة المكروهة من الدّمّ وهي الزّهم وقبح الرّائحة، إلى الحالة الممدوحة، وهي طيب رائحة المسك دخل عليه الحلّ، وانتقل من حالة النّجاسة إلى حالة الطّهارة، وتغيّر اسمه؛ كالخمرة إذا تَخلّلت(٣).

أمّا الزّيادة التي وردت في حديث أبي هريرة ﷺ أنّ النّبيَّ ﷺ سُئِلَ عن الفأرة تموت في السّمن فقال: «إن كان جامداً فألقوها وما حولها،

=

الباري ١/٤٠٨-٤١٢.

(١) فتح الباري للحافظ ابن حجر ١/٤١٠-٤١١.

(٢) فتح الباري لابن حجر ١/٤١١.

(٣) انظر: فتح الباري ١/٤٠٨، و٤١١.

وإن كان مائعاً فلا تقربوه»[١].

والحديث فيه دليلٌ على أنّ المائعات لا تزال بها النّجاسات؛ وذلك أنّها إذا لم تدفع عن نفسها النّجاسةَ فلأن لا تدفع عن غيرها أولى[٢].

وهذه الزّيادة هي عليها اعتماد مَن فرّق بين المائع والجامد، وتقدّم ذكر أقوال أهل العلم فيها،وعلى ثبوتها فإنّها محمولةٌ على تغيّر الصّفات[٣].

الانتفاع من الأعيان النّجس:

أمّا الانتفاع بذات الأعيان النّجَس القائمة، فقد أجمع العلماء[٤] في

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ١٨١/٤، كتاب الأطعمة، باب: في الفأرة تقع في السّمن برقم: (٣٨٤٢)، وقال فيه التّرمذي في سننه٢٢٦/٤: «وهو حديثٌ غير محفوظ»، ثم نقل التّرمذي عن البخاري أنّه قال: «هذا خطأٌ أَخْطَأَ فيه مَعْمَرٌ»، قال: والصّحيح حديث الزّهري عن عبيد الله عن ابن عبّاس عن ميمونة».
ولكن صحّحه مُوفّق الدِّين ابن قدامة في المُغنِي ٤٥/١، و٥٣، وقال: «إسناده صحيحٌ على شرط الصّحيحين».
وقال الحافظ ابن حجر: إنّ الطّريقين محفوظان، ولكن طريق ابن عبّاس عن ميمونة بدون الزّيادة أشهر، انظر: فتح الباري ٤١٠/١، و٥٨٥/٩-٥٨٧.
وضعّفه الألباني في: الجامع الصّغير برقم: (١٧٣٨)، وضعيف أبي داود برقم: (٨٢٧)، ومشكاة المصابيح برقم: (٤١٢٣)، والسّلسلة الضّعيفة برقم: (١٥٣٢).

(٢) انظر: معالم السّنن ١٨١/١، ومواهب الجليل للحطاب ١٥٦/١، والمغني ٤٥/١.

(٣) سنن التّرمذي في سننه٢٢٦/٤والمغنِي٤٤/١-٤٥ومجموع الفتاوى٥١٥/١-٥١٦، ٥٢٦، ٥٢٧، و٥٢٨، ٥٢٩، وفتح الباري ٤٠٩/١-٤١٠، و٥٨٥/٩-٥٨٧.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١٩٣/١، و١٩٥، و١٩٦-١٩٧، و٢٧٧/٤، و٢٧٨، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٤٠٣/٦، والتّمهيد ١٥٨/١٤، و١٥٩، و١٧٨، وأحكام ابن العربي ١٦٤/٢، وتفسير القرطبي ٢١٢/٢، و٢٦٩/٦-٢٧٠، ومختصر خليل ص: ١٠، والتّاج والإكليل ١٦٨/١، و٣٥٣/٤، ومواهب الجليل ١٦٨/١ فما بعدها، و١٧٠، و١٧١، و٣٥٣/٤-٣٥٥، وحاشية الدّسوقي =

الجملة على أنّه لا يجوز الانتفاع المباشر بالأعيان النّجس التي لا ينتفع بها بصورةٍ مشروعة؛ بوجهٍ من وجوه الانتفاع؛ من أكلٍ أو بيعٍ؛ لأن اقتناءها يعتبر ذريعة إلى محاولة الانتفاع بها، وحيث حَرُمَ كلُّ وجهٍ من وجوه الانتفاع بها فقد حَرُمَ اقتناؤها وبالتّالي حَرُمَ بيعها إلاّ لِحاجة.

والمقصود من جملة (بصورةٍ مشروعةٍ) ليخرج ما سوّغ الشّارع اقتناءها من بعض الأعيان النَجَس التي يصعب الاستغناء عنها لما فيها من فوائدَ ومنفعةٍ مباحةٍ لا يستهان بها؛ ككلاب الحراسة والصّيد، وجلود الميتة المدبوغة ونحوها.

أمّا كلاب الحراسة والصّيد،فقد ورد النّصّ على جواز اقتنائها في قول النّبيِّ ﷺ : «مَنِ اقتنَى كلباً إلاّ كَلْبَ ماشيةٍ أو صَيدٍ نَقَصَ مِنْ أجْرِهِ كُلَّ يومٍ قيرَاطَانِ»[1].

وأمّا المْيتة فقد ثبت تحريمها بنصّ القرآن في قوله -تعالى-: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ

=

٥٧/١، والقوانين الفقهية ص: ١٦٣-١٦٤، والمهذّب ١٥/٢، والمجموع ١٦٤/٩-١٦٧-١٧٠، وروضة الطّالبين ٣٤٨/٣، ومغني المحتاج ٣٩٣/٣، والمغني ٥٤/١، و٨٩-١٠١، و٣٣٠/١٣، ومنتهى الإرادات ٢٤٤/١، وشرح منتهى الإرادات ١٢٨/١.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه١٢٠١/٣، كتاب المساقاة باب الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه وبيان تحريم اقتنائها إلاّ لصيدٍ أو زرعٍ أو ماشية ونحو ذلك، برقم: (١٥٧٤)، وأخرجه نحوه البخاري في صحيحه ٥٢٤/٩ كتاب الذّبائح والصّيد، باب مَن اقتنَى كلباً ليس بكلب صيد أو ماشية، برقم: (٥٢٨٣).

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٧٣، وسورة النّحل، الآية: ١١٥.

عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾[١].

ومع هذا؛ فقد حثّنا الشّارع على عدم إهدار القدر الذي يمكن الانتفاع به من الميتة وهو إهابها طالما أنّه معالج بالدّباغة؛ حيث ورد في قصّة شاة تُصُدِّق بها على مولاة لأمّ المؤمنين ميمونة رضي الله عنها فماتت الشّاة فمرّ بها رسولُ الله ﷺ فقال: ((هَلاَّ أخذتم إهابها، فدَبَغْتموه فانتفعتم به؟))، فقالوا: إنّها ميتةٌ. فقال: ((إنّما حَرُمَ أكلُها))[٢]. فَقَيَّد التّحريم بأنّه إنّما يتناول أكلها فقط، وأنّه إذا دبغ الإهاب فقد طهر. وفيه إشارة إلى أنّ علّة منع الانتفاع بالإهاب قبل دبغه هو النّجاسة فلما انتفت العلّة ارتفع المانع.

وبعد هذا، أذكر بعض وجوه الانتفاع المحرَّمة في الأعيان النجسة التي لم يكن فيها منفعةٌ مباحةٌ:

البيع: يحرم بيع الأعيان النَّجَس لغير حاجة[٣]؛ كالميتة، والدّم المسفوح، والعَذرة والأقذار، والخمر والكلب، والخنْزير ما لم تكن حاجةٌ أو ضرورةٌ؛ لأنّ نجاسة هذه الأشياء تجعل الانتفاع بها ممتنعاً إلاّ بدليلٍ؛ إذ الأصل أنّ كلّ ما ينتفع به يصحّ بيعه وما لا فلا.

ولأنّ العلماء ذكروا من شروط صحّة البيعة كون المبيع طاهراً منتفعاً به[٤].

---

(١) سورة المائدة، من الآية: ٣.

(٢) حديث متّفق عليه من حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما، أخرجه البخاري في صحيحه ٤٨٢/٤، كتاب البيوع، باب جلود الميتة قبل أن تدبغ، برقم: (٢١٦٤)، ومسلم في صحيحه ٢٧٦/١ كتاب الحيض، باب طهارة جلود الميتة بالدّباغ، برقم: (٣٦٣)، واللّفظ له.

(٣) انظر: المراجع السّابقة عند ذكر الانتفاع بالأعيان النَّجَس.

(٤) انظر: المجموع للنّووي ١٠٧/٩، و١٦٤.

الاقتناء: يحرم اقتناء الخنْزير والكلب الذي لا منفعة فيه؛ ويكره اقتناء العذرة والميتة والسّرجين[١]، قال ابن المنذر: أجمع العلماء على تحريم بيع الميتة والخمر والخنْزير وشرائها[٢]. ولأنّ الميتة تأباها النّفوس السّليمة وتستقذرها الطّباع الصّحيحة، فضلاً عمّا أثبته الطّبّ الحديث أنّ الميتة تعتبر موضعاً لاحتواء الميكروبات والمواد الضّارة؛ فهي مضرّة بالصّحّة لاحتباس الدّم فيها وتزاحم الميكروبات عليها[٣].

أكل الأعيان النّجَس والتّداوي بها:

أجمع العلماء[٤] في الجملة على أنّه يحرم أكل الأعيان النّجسة والتّداوي بها؛ إلاّ فيما خصّه الدّليل للضّرورة؛ فلا يجوز استمال الأدوية النّجسة المحرّمة إلاّ في حالة الضّرورة؛ حيث لا يجد طاهراً يقوم مقامها، مع حصول اليقين، أو غلبة الظّنّ بأنّه لا يمكن إنقاذ الحياة إلاّ بهذا الدّواء، بإخبار الطّبيب الحاذق المسلم أنّ الدّواء الحرام يتعيّن استعماله، أو بأية

---

(١) انظر: المجموع للنووي ٩/١٦٩-١٧٠.
(٢) انظر: الإجماع ص ٥٢، ف (٤٧١-٤٧٢).
(٣) انظر: الحاوي الكبير ٥/٨٣، والمغني ١/٨٩، و١٣/٣٣٠، والكافي لابن قدامة ٢/٧، والرّوض المربع ٢/٢٤٠، وتفسير السّعدي ص ٢٢٠.
(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٠٧، والفتاوى الهندية ٥/٣٥٥، والدّر المختار ١/١٤٠، و٥/٢١٥-٢٨٩،حاشية ابن عابدين١/١٤٠، ٢١٥، و٢٨٩، رسالة القيرواني ص: ١٨٦، المنتقى٤/٢٨٢،وعقد الجواهر٢/٤٠٠،و٤٠٣،ومختصر خليل ص:١٠،و٩٢، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ١/١٦٨-١٧١، و٤/٣٥٣-٣٥٥، وحاشية الدّسوقي ٤/٣٥٣، والمهذّب ١/٧٨٤، والمجموع ٢/٣٩٢-٣٩٣، و٩/٣٥-٣٧، والمغني ١٣/٣٣٠-٣٣٢، و٣٤٣، و٣٤٩، العدّة شرح العمدة ٢/٩٥، ومنتهى الإرادات ٢/٣١٣، وشرح منتهى الإرادت ١/٣٤، و٦/٣٠٩، و٣٢٠.

طريقة أخرى موثوق بها.

قال في المغني: «أجمع العلماء على تَحريم الميتة حالَةَ الاختيار، وعلى إباحة الأكل منها في الاضطرار، وكذلك سائر المحرَّمات...، ويُباحُ له أكلُ ما يسدّ الرّمَقَ، ويأمنُ معه الموت بالإجماع»(١).

إلاّ أنّه كما سبق يخرج من هذه الأصول جواز الانتفاع بوجهٍ من الوجوه ببعض الأعيان النجسة أو أجزائها التي استثنتها الأدلّة الشّرعية، وذلك تحقيقاً لمنافع العباد، ورفعاً للحرج عنهم، أو لمعالجة نجاستها كالدّبغ مثلاً، أو كان للضّرورة؛ إذ الضّرورات تبيح المحظورات(٢).

---

(١) لموفّق الدّين ابن قدامة ١٣/٣٣٠، وانظر: ١/٥١-٥٥.

(٢) ذكر العلماء أنّ هذه القاعدة تندرج تحت قاعدة: (المشقّة تجلب التّيسير)، ومعنى قاعدة: (الضّرورات تبيح المحظورات)؛ أنّ الممنوع شرعاً يباح عند الضّرورة، وهذه القاعدة تتعلّق بالرّخص الشّرعية، وهي من القواعد الأصوليّة والفقهية دليلها قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾، [الأنعام، الآية: ١١٩].

وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ ٱلْيَوْمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَٱخْشَوْنِ ۚ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾، [المائدة: ٣].

حيث رُفِعَ الحرجُ عن المضطرّ غير باغٍ؛ أي: غير متجاوز؛ فأباح ما حرّم عليه بقدر دفع الهلاك عند المجاعة، وأكل لحم الخنْزير، وإساغة اللّقمة بالخمر عند الغصة، أو عند الإكراه التّامّ بقتلٍ أو قطع عضو؛ لأنّ الاضطرار كما يتحقّق بالمجاعة يتحقّق بالإكراه التّام لا النّاقص، فهذه الأشياء تباح عند الاضطرار؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾، [الأنعام، من الآية: ١١٩]، أي: دعتكم شدّة المجاعة لأكلها، =

من تطبيقات القاعدة:

١-نجاسة أسْآر الكلب والخنْزير، وهذا هو أصل إيراد القاعدة. قال ابن رشد: «ولعلّ الأرجح أن يستثنَى من طهارة أسآر الحيوان:الكلب والخنْزير والمشرك؛لصحّة الآثار الواردة في الكلب،ولأنّ ظاهر الكتاب أولى أن يتّبع في القول بنجاسة عين الخنْزير والمشرك من القياس»[١].

٢-أنّه يحرم الانتفاع بالأعيان النّجسة بوجه من الوجوه من غير حاجةٍ ولا ضرورة، ويحرم التّمليك وتملّكها بسائر أسباب الملك من البيع والشّراء وغير ذلك؛ لأنّ كلّ ذلك انتفاع، إلاّ في حدود ما أباحها الشّرع[٢].

٣-أنّه لا يحرم الانتفاع الذي يشبه الإتلاف؛ كالاستصباح بالدّهن النّجَس، وإطفاء الحريق بالخمر، وإطعام الكلاب الميتة، ونحوها؛ لجواز تعمّد إفساد سائر النّجاسات[٣].

٤- أنّ كلّ ما ظهر منها ريح العذرة في لحمه أو طعمه فهو حرام، وما لم يظهر فهو حلال[٤].

=

والاستثناء من التّحريم يفيد الإباحة.

انظر: التّمهيد للأسنوي ص: ٢٧١، وأشباه السّيوطي ١/١٧١، و١٧٣-١٧٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٢١، وتفسير السّعديّ ص: ٨٢، ٢٢٠-٢٢١، و٢٧١، و٢٧٧-٢٧٨، و٤١٥، وشرح القواعد الفقهية للزّرقا ص: ١٦٣-١٦٤.

(١) بداية المجتهد ١/٨٥، وانظر:٨٠، وانظر أيضاً: بدائع الصّنائع ١/٢٠١، و٢٠٢، والهداية ١/٢٣، والمجموع ٢/٤١٩، والمغني ١/٦٤-٧٠، والمحلّى ١/١٣٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع٤/٢٧٨، وتفسير القرطبي٦/٢٧١، ومواهب الجليل١/١٧٢.

(٣) انظر:مواهب الجليل١/١٦٢، و١٧١،ومجموع الفتاوى٢١/٥٠٣،و٦٠٨،و٦٠٩.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ٧/١٠٩، ومجموع الفتاوى ٢١/٤٨١.

٥-أنّ الأعيان النّجسة إذا طهرت بالاستحالة أو التّغيّر الكيميائيّ أو الفيزيائيّ لم تبق نجساً، فإن وقعت في الماء فطهور"[1].

٦-ولو وقع الخمر في ماء واستحالت، ثم شربها شارب لم يكن شارباً للخمر، ولم يجب عليه حدّ شرب الخمر[2].

٧-أنّ أكل المحرّمات والتّداوي بها حرام إلاّ فيما خصّه الدّليل لضرورةٍ ونحوها.

٨-النّجاسة المستقرّة في الباطن لا حكم لها ما لم يتّصل بها شيء من الظّاهر؛ لا يحتاج إلى غسله، وكذا البيض.

أمّا لو اتّصل بها شيء من الظّاهر مع بقاء حكم الظّاهر عليه، كما لو ابتلع بعض خيط فحصل بعضه في المعدة وبعضه خارج في الفم، أو أدخل في دبره إصبعه أو عوداً وبقي بعضه خارجاً فالأصحّ أنّه يحكم لها بحكم النّجاسة[3].

٩-إذا أكلت البهيمة حبّاً وخرج من بطنها صحيحاً، ينظر، فإن كانت صلابتُه باقيةً بحيث لو زرع نبت فعينه طاهرة، لكن يجب غسل ظاهره لملاقاته بالنّجاسة، وإن كانت صلابته قد زالت بحيث لو زرع لم ينبت فهو نَجَس"[4].

١٠-ثياب مَن الغالب على صنعته النجاسة كالمرضعة والجزار والكناف محمولة على النّجاسة حتّى تتحقّق الطّهارة، ولذا يستحبّ أن يكون لهم ثوبٌ للصّلاة[5].

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣٣/٢١.

(٢) انظر: المرجع السّابق نفسه.

(٣) انظر: مواهب الجليل ١٢٨/١، والمجموع ٤٠٨/٢.

(٤) انظر: مواهب الجليل ١٦٧/١، والمجموع ٤٠٨/٢.

(٥) انظر: مواهب الجليل ١٧٧/١، ومجموع الفتاوى ٥١٨/٢١-٥٢١-٥٢٤.

١١-مَن باع ثوباً جديداً وبه نجاسة و لم يبيّن كان ذلك عيباً يوجب الرّدّ؛ لأنّ الْمشتري يجب أن ينتفع به جديداً[١].

١٢-مَنْ أتلف شيئاً من الأعيان النّجسة والكلب على الصّحيح لم تلزمه قيمته[٢].

١٣-تُرَتَّبُ الأعيان النّجسة التِي يجوز تناولها للضّرورة الأخفّ فالأخفّ[٣].

١٤-أنّه يعفى عن اليسير من النّجاسات التي يشقّ الاحتراز عنها، وما تعمّ به البلوى كالدّم الباقي على اللّحم وعظامه[٤].

---

(١) انظر: مواهب الجليل ١/١٧٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٢٧٨، ٢٨٢، والمجموع ٩/١٦٥.

(٣) انظر: التّاج والإكليل ١/١٦٨، والمجموع ٩/٣٦.

(٤) انظر: البناية في شرح الهداية ١/٧٣٤، والمجموع ٢/٣٩٨، ومجموع الفتاوى ٢١/١٧، و٥٢١-٥٢٤.

المطلب الثّاني من القاعدة العشرين [٢٠]

[كلّ ما هو نَجَسٌ لعينه فلا يَتَبَعَّضُ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في مسألة التّفريق بين قليل الدّم وكثيره في الحرمة؛ دليلاً لأحد الأقوال؛ حيث قال: «وأمّا اختلافهم في كثير الدّم وقليله؛ فسببه اختلافهم في القضاء بالمقيّد على المطلق[١]، أو بالمطلق على المقيّد، وذلك أنّه ورد تَحريم الدّم مطلقاً في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾[٢]، وورد مقيّداً في قوله تعالى: ﴿قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ ، إلى قوله: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾[٣].

فَمَن قضى بالمقيّد على المطلق، وهم الجمهور، قال: المسفوح هو النَّجس المحرَّم فقط.

ومَنْ قضى بالمطلق على المقيّد؛ لأنّ فيه زيادةً قال: المسفوح وهو الكثير، وغير المسفوح وهو القليل، كلّ ذلك حرام، وأيّد هذا بأنّ **كلّ ما**

---

(١) المطلق لغة: الانفكاك والتّخلية.

وفي اصطلاح الأصوليّين، هو: (اللّفظ المتناول لواحدٍ غير معيَّنٍ باعتبار حقيقةٍ شاملةٍ لجنسه).

والمقيّد لغةً: من التّقييد.

وفي اصطلاح الأصوليّين، هو: (اللّفظ المطلق الذي اقترن به ما يقلّل من شيوعه وانتشاره). المطلق والمقيّد ص: ١٢٤.

انظر: المصباح المنير ص: ١٤٣، و١٩٩، وشرح تنقيح الفصول ص: ٢٠٩، ومذكّرة أصول الفقه ص: ٢٧٧.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٣.

(٣) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

هو نَجَس لعينه فلا يتبعّض»[1].

توثيق القاعدة:

وَرَدَ مفادُ القاعدة في كتب أهل العلم، منها:

جاء في الاستذكار: «وأمّا العذِراتُ وأبوالُ ما لا يؤكَلُ لَحْمُهُ فقليلُ ذلك وكثيرُهُ رِجْسٌ، وكثِيرُهُ رِجْسٌ نَجَسٌ عند الجمهور من السَّلف، وعليه فقهاء الأمصار»[2].

ما جاء في مجموع الفتاوى: «تحريم الشّيء مطلقاً يقتضي تحريم كلّ جزءٍ منه».

وفيه أيضاً: «نَهْيٌ عن شَيءٍ نَهْيٌ عن بضعه»[3].

معنَى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة تبيّن وتقرّر أنّ ما هو نَجَس العين لا يتجزّأ في الحكم، فلا يفرّق بين قليله وكثيره في التّحريم، بحيث يحرم قليله وكثيره على حدّ سواء.

وهذا المعنَى محلّ الاتّفاق بين العلماء؛ فما حَرُمَ كثيرها، فقليلها حرام[4]، فهو شبيهٌ لِما قرّره الإمام ابن رشد في أنّ حرمة البعض كحرمة الكلّ في مسألة جواز الصّلاة على بعض الجسد[5].

---

(١) بداية المجتهد ١/٢٠٠.

(٢) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ١/٣٧٥.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١/٨٥.

(٤) انظر: الاستذكار ١/٣٧٥، وعارضة الأحوذي ٨/٥٧، وبدائع الصّنائع ١/٢٣٢، ومجموع الفتاوى ٢١/٣٤-٣٥.

(٥) انظر: بداية المجتهد ١/٢٤٢.

وقد ذَكرتُ مسائل الأعيان النَّجسة في القاعدة السّابقة فلا داعي للتّكرار.

موقف المذاهب الفقهيّة من القاعدة:

القاعدة مُجمَعٌ عليها لدى جمهور فقهاء الأمصار في الجملة، كما تقدّم في فقرة توثيقها.

من أدلّة القاعدة:

ويدلّ عليها قول النَّبيّ ﷺ : «ما أسكر كثيره فقليله حرام»[(١)]، حيث لم يفرّق بين القليل والكثير في الحرمة.

وقوله ﷺ : «إِنْ كان جَامداً فأَلْقُوهَا ومَا حَولَهَا، وإِنْ كان مَائِعاً فَلا تَقْرَبُوه»[(٢)]؛ حيث لَم يفرِّق بين كثيره وقليله[(٣)].

بعض مستثنيات القاعدة:

أوّلاً: يستثنَى من القاعدة ما استثنِي بالإجماع للضّرورة بحيث يعفى عنها كطين الشّوارع، وغبار السّرجين، وقليل الدّم[(٤)].

---

(١) من حديث جابر، أخرج أبو داود في سننه ٨٧/٤، كتاب الأشربة، باب النّهي عن المسكر، برقم: (٣٦٨١)، والتّرمذي في سننه ٢٥٨/٤، كتاب الأشربة، باب ما جاء في شارب الخمر، برقم: (١٨٦٥)، والنّسائي في سننه ٣٠٠/٨/٤، كتاب الأشربة، باب تحريم كلّ شراب أسكر كثيره، وابن ماجه في سننه ١١٢٥/٢، كتاب الأشربة، باب ما أسكر كثيره فقليله حرام، برقم: (٣٣٩٣).
قال التّرمذي: «هذا حديثٌ حسنٌ غريبٌ من حديث جابر»، وصحّحه الألباني في: صحيح ابن ماجه (٣٣٨٣-٣٣٨٥)، والجامع الصّغير (٤٢٨٣، و٥٤٤٤، و١٠٤٦٧).

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة السّابقة.

(٣) انظر: المغني ٤٥/١، و٥٣، وفتح الباري ٤٠٨/١-٤١٥، و٥٨٥/٩-٥٨٧.

(٤) انظر: الاستذكار ٣٧٥/١، ومواهب الجليل ٧٢/١-٧٣، والمجموع ٣٩٣/٢، ومجموع الفتاوى ٤٧٩/٢١، و٥١٨.

ثانياً: التّفريق بين الدّم المسفوح، والدّم القليل والمختلط باللّحم والعظم:

فالدّم المسفوح هو الكثير الجاري من الذّبيحة عند ذبحها، وكذا الذي يسيل منها حال حياتها[١]، فهذا لا خلاف بين الفقهاء أنّه نَجَس العين، وهو محرّم بالإجماع[٢].

وتقييد الدّم المحرَّم بأنّه مسفوح دليلٌ على أنّ الدّم غير المسفوح حلالٌ غير نَجَس، فلولا قوله -تعالى-: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾[٣]، لَتَتَبَّعَ النّاسُ من العروق ما تتبعت اليهود[٤]؛ فعُلِمَ أنّ المُحَرَّم من الدّم ما كان مسفوحاً، وهو الدّم الذي يخرج من الذّبيحة عند ذكاتها؛ فإنّه الدّمّ الذي يضرّ احتباسه في البدن؛ فإذا خرج من البدن زال الضّرر بأكل اللّحم، أمّا الدّمّ الذي يبقى في اللّحم والعروق بعد الذّبح؛ فإنّه حلالٌ طاهرٌ[٥].

وأمّا الدّم القليل والمختلط باللّحم والعظم

---

(١) انظر: الاستذكار ١/٣٧٥، و٣٧٦، ومواهب الجليل ١/١٣٥-١٣٦.

(٢) حكى الإجماع على ذلك ابن العربي، والقرطبي.
انظر: أحكام القرآن ١/٧٩، والجامع لأحكام القرآن ١/٢١٧، و٢١٨، ٧/١١١، وانظر: بدائع الصّنائع ١/١٩٣، و١٩٥، و٢٣٢، والبناية في شرح الهداية ١/٧٣٤، وحاشية ابن عابدين ١/٣١٩، ومختصر خليل ص: ١٠، ومواهب الجليل١/١٣٦، وأسهل المدارك ١/٦٠، والمهذّب ١/١٦٣، والمجموع ٢/٣٩٨، ومجموع الفتاوى ٢١/٥٢٢، وشرح منتهى الإرادات١/٢١٤، وتفسير السّعديّ: ٨٢، و٢٢٠، و٢٧٧، و٤١٥.

(٣) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

(٤) انظر: أحكام ابن العربي ١/٧٩.

(٥) انظر: أحكام الجصاص ١/١٥١، وتفسير السّعديّ ص ٨٢، و٢٢٠، و٢٧٧، و٤١٥.

فالصّحيح الرّاجح هو القول بطهارة الدّم القليل، والمختلط باللّحم والعظم.

وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشّافعية؛ حيث يرون التّفريق بينهما بموجب الآيات الواردة في ذلك، وأنّ الدّم القليل والمختلط باللّحم والعظم طاهر[1].

وذلك للإجماع المحكي على أنّه يقضى بالمطلق على المقيّد بالمسفوح[2].

وقد تأيّد هذا بحديث أبي أمامة الباهلي[3]، وقول ترجمان القرآن عبدالله ابن عباس، وقصر عائشة النهي على تناول الدّم على المسفوح منه، فلو كان المراد بالنّهي عن تناول الدّم عموماً لما خفي على أمثال ابن عباس وعائشة وغيرهما من الصّحابة -رضوان الله عليهم أجمعين-.

قال في أحكام القرآن: «قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ﴾[4]، وقال: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾[5]، فلو لم يرد في تحريمه غير هاتين الآيتين لاقتضى ذلك تحريم سائر الدّماء قليلها وكثيرها، فلمّا قال في آية أخرى: ﴿قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ

---

(١) انظر: المصادر السّابقة عند الكلام على حكم الدّم المسفوح.

(٢) فيحمل مطلق آية البقرة: ١٧٣، والمائدة: ٣، والنّحل: ١١٥، على التّقييد بالمسفوح الوارد في آية الأنعام: ١٤٥، انظر: أحكام القرآن ٧٩/١، والجامع لأحكام القرآن ٢١٨/١، ١١١/٧، وتفسير السّعدي ص ٢٧٧.

(٣) هو الصحابي الجليل، صدي بن عجلان بن الحارث الباهلي، أبو أمامة مشهور بكنيته، سكن الشام وتوفي بها سنة ٨١هـ.
انظر: الاستيعاب ٧٣٦/٢، برقم: (١٢٣٧).

(٤) سورة البقرة، من الآية: ١٧٣، والنّحل، من الآية: ١١٥.

(٥) سورة المائدة، الآية: ٣.

﴿يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾[(١)]؛ دلّ ذلك على أنّ المحرَّم من الدّم هو المسفوح دون غيره»[(٢)].

وقد حكي الإجماع على أنّ المطلق هنا يقضى به على المقيّد[(٣)].

وأيضاً قد روي عن أمّ المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- أنّها قالت: كنّا نطبخ اللّحم فتعلو الصّفرة على البرمة[(٤)] من الدّم فيأكل ذلك النَّبيّ ﷺ ولا ينكره[(٥)].

رُوِيَ عن أبي أمامة الباهلي قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى قومي أدعوهم إلى الله ورسوله، وأعرض عليهم شرائع الإسلام فأتيتهم فبينما نحن كذلك إذ جاءوا بقصعة[(٦)] من دم، فوضعوها واجتمعوا عليها يأكلونها، فقالوا: هَلُمَّ فَكُلْ. فقلت: ويحكم إنّما أتيتكم من عند مَنْ يُحرم هذا عليكم، فأقبلوا عليّ، قالوا: وما ذلك؟ فتلوت عليهم هذه الآية: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ﴾[(٧)(٨)].

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

(٢) أحكام الجصاص ١/١٥١.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ١/١٥١، وأحكام ابن العربي ١/٧٩، تفسير القرطبي ٢/٢١٨، ٧/١١١، وتفسير السّعدي ص ٨٢، و٢٢٠، و٢٧٧، و٤١٥.

(٤) الْبُرْمَة: الْقِدْرُ من الحجر، والجمع: بُرَم، مثل: غرفة غُرَف، أو: بِرَام. انظر: النّهاية ١/١٢١، والمصباح المنير ص: ١٨، وفتح الباري ٧/٤٥٩.

(٥) أورده الطّبري في تفسيره ٨/٧١ بسنده من طريقين عن القاسم، وانظر: تفسير القرطبي ٧/١٠٥.

(٦) القصعة: الصحفة، جمعها قصعات، والقصيعة تصغيرها. انظر: المصباح المنير ص ١٩٣.

(٧) سورة المائدة، الآية: ٣.

(٨) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك ٣/٧٤٤، برقم: (٦٧٠٥).

فقد أفاد هذا الحديث حرمة ما كان يفعله أهل الجاهلية، من تناول الدّم المسفوح حيث كان أحدهم إذا أدركه الجوع أخذ محدداً[١] من عظم أو نحوه فيقصد به بعيره أو غيره من الحيوانات ثم يجمع ما يخرج منه من الدم فيشربه وهذا هو الدم المسفوح.

ما رُويَ عن عائشة –رضي الله عنها– أنّها قالت: إنّما نُهيَ عن الدّم السّافح[٢]. وروي عنها أنها قالت: لو لا أنّ الله تعالى قال: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾[٣]، لَتَتَبّعَ النّاسُ ما في العروق[٤].

فقد أفاد قول عائشة –رضي الله عنها– أنّ ما يحرم تناوله من الدّم هو المسفوح ليس غيره، وأما غيره فلا يحرم تناوله.

ثالثاً: دم السّمك:

فإنّه يستثنَى من أصل الحكم في الدّماء عموماً الذي هو النّجَس، فيكون دم السّمك طاهراً، لإجماع الأمّة على إباحة تناول السّمك مع دمه، ولو كان نَجَساً لما أبيح ولشرعت ذكاته، هذا على القول بأنّه دمٌ.

وقد قيل إنّه ليس بدمٍ حقيقةً؛ لأنّه إذا يبس يَبْيَضّ والدّم يسودّ، بل هو ماء تَلَوَّنَ بلون الدّم وذلك لعدم إمكان تعايش الدّم في الماء[٥].

والقول بأنّه طاهرٌ هو مذهب الحنفية، وقول عند المالكية، ووجه عند الشّافعية، والصّحيح عند الحنابلة[٦].

---

(١) محددا: يقال سيف حاد أي قاطع ماض. المصباح المنير ص ٤٨.

(٢) لم أقف عليه بعد البحث، وانظر نحوه في المجموع ٢/٣٩٨.

(٣) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

(٤) ذكره ابن العربي في أحكام القرآن ١/٧٩، ولم أقف عليه من كتب الآثار بعد البحث.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٩٥، وحاشية ابن عابدين ١/٣١٩، ومواهب الجليل ١/١٥١.

(٦) اختاره من المالكية: القابِسي، وابن العربي وصحّحه.

=

لذلك قَعَّدَ الإمام ابن رشد قاعدةً؛ حيث قال: «وأمّا سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس، أمّا العموم فقوله تعالى: ﴿وَٱلدَّمُ﴾[1]، وأمّا القياس فما يُمكن أن يتوهّم من كون الدَّم تابعاً في التّحريم لميتة الحيوان، أعني: أنّ ما حَرُمَ مَيتَتُهُ حَرُمَ دَمُهُ، وما حَلَّ مَيتُهُ حَلَّ دَمُهُ، ولذلك رأى مالكٌ أنّ ما لا دَمَ له فليس بميتةٍ»[2].

=

انظر: بدائع الصّنائع ١/١٩٥، والبناية في شرح الهداية ١/٧٤٨، و٧٤٩، والدّر المختار ١/٣١٩، وحاشية ابن عابدين ١/٣١٩، ومختصر خليل ص: ١٠، والتّاج والإكليل ١/١٥١، ومواهب الجليل ١/١٣٦، و١٥١، وحاشية الدّسوقي ١/٥٧، وأسهل المدارك ١/٦٠، والمهذّب ١/١٦٣، والمجموع ٢/٣٩٨، والإنصاف للمرداوي ١/٣٠٩-٣١٠، وشرح منتهى الإرادات ١/٢١٤.

(١) يشير إلى قوله تعالى﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ﴾.سورة المائدة،الآية: ٥.

(٢) بداية المجتهد ٢/٥١٣.

المطلب الثّالث: من القاعدة العشرين [٢٠]

[كلُّ نَجَاسةٍ تَسِيلُ من الجَسَدِ وتَخْرُجُ منه يَجِبُ مِنْهَا الوُضُوءُ]

ذكر ابن رشد هذا الضّابط في مسألة انتقاض الوضوء مِمَّا يخرج من الجسد من النَّجَس ضابطاً لأحد الأقوال فيها؛ حيث قال: «اختلف علماء الأمصار في انتقاض الوضوء مِمّا يَخرج من الجسد من النَّجس على ثلاثة مذاهب[١]:

فاعتبر قومٌ في ذلك الخارج وحده من أيّ موضعٍ خرج، وعلى أيّ جهة خرج...؛ فقالوا: **كُلُّ نَجاسة تَسيلُ من الجسد وتَخرج منه يجب منها الوضوء**؛ كالدّمّ والرّعاف الكثير»[٢].

توثيق الضّابط:

هذا الضّابط هو المعمول به عند الحنفية، والحنابلة، حيث جعلوا موجبات الوضوءهي مطلق خروج الشّيءالنَّجَس من جسد الآدمي الحي[٣].

معنَى الضّابط الإجمالي:

هذا الضّابط يبيّن أن الوضوء يجب بخروج أيّ شيءٍ من جسد

---

(١) يأتي ذكرها إن شاء الله في فقرة موقف المذاهب الفقهيّة من الضّابط.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٩٤/١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١١٨/١، والبناية ١٩٤/١ فما بعدها، والدّر المختار ١٣٤/١ فما بعدها، وحاشية ابن العابدين ١٣٤ فما بعدها، والمغني ٢٣٠/١، و٢٤٧، والعدّة ٣٥/١،ومنتهى الإرادات ١٩/١، وشرح منتهى الإرادات ١٣٥/١، والمحلّى ٢١١/١، و٢١٨، و٢٣٥، وعارضة الأحوذي ٩٨/١.

الآدمي الحيّ، سواء كان من السّبيلين؛ كالدّبر والذّكر، أو فرج المرأة، أو من غير السّبيلين؛ كالأنف، والفم والجرح، وباقي الجسد، وسواء كان الخارج معتاداً؛ كالبول والغائط، أم غير معتاد؛ كدم الاستحاضة، وسواء كان طاهراً؛ كولدٍ بلا دمٍ، أو كان قطراً؛ كما لو قطّر في إحليله دُهناً ثم خرج فينتقض؛ لأنّه لا يخلو من بلّةِ نَجَسٍ تصيبه، أو محتشىً، فالمعتبر هو الخارج وحده، من أيّ موضعٍ خرج، وعلى أيّ جهةٍ خرج[1].

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

لم يتّفق أصحاب المذاهب الفقهية على هذا الضّابط، بل اختلفوا في ضابط ما يوجب الوضوء مِمَّا يخرج من جسد الآدمي الحيّ من النَّجَس.

فالحنفية والحنابلة تَمسكوا بالضّابط، وهو أنّ الوضوء يجب بكلّ خارجٍ من الجسد مطلقاً؛ فالعبرة عندهم بالخارج، وبه قال الظّاهرية في البول والغائط[2].

وأمّا الشّافعية فأضافوا إلى الضّابط قيداً هو اعتبار المخرج، فقالوا: لا يجب الوضوء إلاّ بالخارج من السّبيلين، على أيّ وجهٍ خرج، إلاّ الولد والْمنِيّ، وهو قول الظّاهرية في الرِّيح[3].

وأمّا المالكية فأضافوا قيدين هما:الاعتياد في الخارج والمخرج،وصفة الخروج،فقالوا: لا يُوجِبُ الوضوءَ إلاّ الخارجُ المعتادُ، من المخرج المعتاد،

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: التّهذيب ٥/٢، والمجموع ٥/٢-١١، وأشباه السّيوطي ص: ٦٧٥، والمحلّى ٢١١/١، و٢١٨، و٢٣٥.

على سبيل الصّحّة والاعتياد[1].

والحاصل أنّ الفقهاء أجمعوا على أنّ الخارج المعتاد من أحد السّبيلين؛ كالغائط والرّيح من الدّبر، والبول والمذي من القبل ناقضٌ للوضوء[2].

واختلفوا في غير المعتاد كالدود والحصاة، وفيما خرج على سبيل المرض والنّدرة.

فذهب الجمهور من الحنفية والشّافية والحنابلة إلى وجوب الوضوء بالخارج من السّبيلين مما ليس بمعتادٍ؛ كالدود والحصاة، ومن الخارج على سبيل المرض والنّدورة[3].

وذهب المالكية والظّاهرية إلى عدم وجوب الوضوء منها[4].

من تطبيقات الضّابط:

١-الصّحيح اعتبار المخرج المعتاد، فخروج النَّجَس من غير السّبيلين؛ كالجرح، والفصاد، والحجامة، والرّعاف، والقيء، الأظهر أنّها لا تنقض الوضوء، لكن يستحبّ الوضوء منها وعلى الضّابط تنقض[5].

٢-أنّ الرّيح الخارجة من قُبُلِ المرأة، أو ذَكَرِ الرّجل ناقض؛ لأنّ الخارج نَجَسٌ[6].

---

(١) التّلقين ٤٧/١، والمقدّمات ٦٧/١، وعقد الجواهر ٤٢/١، وجامع الأمّهات ص: ٥٥، ومواهب الجليل ٤٢٢/١، وعارضة الأحوذي ٩٨/١.

(٢) انظر: المعونة ١٥٢/١، والمقدّمات ٦٧/١، والبناية ١٩٥/١. والمجموع ٧/٢، والمغني ٢٣٠/١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١١٨/١، والبناية ١٩٤/١، وحاشية ابن العادين ١٣٤/١، والتّهذيب ٥/٢، والمجموع ٧/٢-٨، والمغني ٢٣٠/١-٢٣٤، والعدّة ٣٥/١، ومنتهى الإرادات ١٩/١، وشرح منتهى الإرادات ١٣٥/١.

(٤) انظر: التّفريع ١٩٦/١، والمعونة ١٥٢/١-١٥٣، والمحلى ٢١١/١، و٢١٨، و٢٣٥.

(٥) انظر: التّفريع ١٩٦/١، ومجموع الفتاوى ٢٢٢/٢١، و٢٢٧، و٢٢٨، والمحلّى ٢١٨/١.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ١٢١/١، و١٢٢، والمجموع ٥/٢، والمغني ٢٣٠/١.

٣-لو سقطت الدّودة أو اللّحم من القرح لم يكن حدثاً، ولو سقطت من السّبيلين يكون حدثاً، والفرق أنّ الدّودة الخارجة من السّبيل نَجَس في نفسها لتولّدها من الأنجاس، وقد خرجت بنفسها، وخروج النَّجَس بنفسه حدث، بخلاف الخارجة من القرح؛ لأنّها طاهرة في نفسها؛ لأنّها تتولّد من اللّحم، واللّحم طاهر، وإنّما النّجَس ما عليها من الرّطوبات، وتلك الرّطوبات خرجت بالدّابة لا بنفسها فلم يوجد خروج النَّجَس فلا يكون حدثاً[1].

٤-لو خلّل أسنانه فظهر الدّم على رأس الخلال لا يكون حدثاً. وكذا لو عضّ على شيء فظهر الدّم على أسنانه؛ لأنّه ما خرج بنفسه[2].

٥-لو سعط في أنفه ووصل السّعوط إلى رأسه ثم رجع إلى الأنف، أو إلى الأذن لا يكون حدثاً؛ لأنّ الرّأس ليس موضع الأنجاس، فلو قطّر في إحليله دُهناً ثم خرج فينتقض؛ لأنّه لا يخلو من بلّة نَجَسٍ تصيبه،[3].

٦-خروج شيء من النَّجَس من الميّت بعد الغسل لا يوجب إعادة الغسل[4].

٧-لو نزل البول إلى قصبة الذَّكَر لا ينقض الوضوء؛ لعدم خروجه[5].

٨-ولو خرج البول أو المذي من ذَكَرِ رَجُلٍ أقلف؛ حتّى صار في قلفته فعليه الوضوء، وصار بمنْزلة المرأة إذا خرج المذي أو البول من فرجها و لم يظهر[6].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٢٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٢٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٢٥، والمغني ١/٢٣١، وشرح منتهى الإرادات ١/١٣٥.

(٤) البناية ١/١٩٤.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ١/١٣٥، ومجموع الفتاوى ٢١/٢٢٠.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٢٤.

٩-أنّ الدّاخل في جسد الآدمي الحي لا ينقض الوضوء، وحكى النّووي الإجماع عليه[(١)].

١٠- ولو أدخل في جسده شيئاً؛ كالحقنة ونحوها، ثم خرج فعليه الوضوء عند الحنفية؛ لأنّه لا ينفك عن النَّجَس، وكذا عند الحنابلة إذا كان في الدّبر، ومثله لو أدخل بعض الزَّرَّاقة[(٢)]؛ لأنّه خارج من السّبيل ولا يخلو من بلّةٍ تصحبه من الفرج[(٣)].

١١- وهكذا لو وطئ امرأته دون الفرج، فَدَبَّ ماؤه، فدخل الفَرْجَ، ثم خرج، نقض الوضوء؛ وعليها الاستنجاء؛ لأنّه خارج من السّبيل ولا يخلو من بلّةٍ تصحبه من الفرج[(٤)].

١٢- ولو أدخل رجلٌ أو امرأةٌ في قبلهما أو دبرهما شيئاً من عودٍ أو مسبارٍ أو خيطٍ أو فتيلةٍ أو إصبعٍ أو غير ذلك ثم خرج انتقض الوضوء؛ لأنّه خارجٌ من السّبيل[(٥)].

١٣- ماء الحامل قرب وضعها لا يجب منه الوضوء؛ لأنّه غير معتادٍ، وعلى الضّابط ينقض؛ لأنّه سائلٌ من الجسد[(٦)].

---

(١) انظر: مواهب الجليل ٤٢٢/١، والمجموع ١١/٢.

(٢) هي: أنبوبة من الزّجاج ونحوه، أحد طرفيها واسع، والآخر ضيّق، في جوفها عود يجذب السّائل ثم يدفعه. انظر: المعجم الوسيط ٣٩٣/١.

(٣) انظر: البناية ١٩٥/١، والمغني ٢٣١/١، وشرح منتهى الإرادات ١٣٦/١.

(٤) انظر: المغني ٢٣١/١، وشرح منتهى الإرادات ١٣٧/١.

(٥) انظر: البناية ١٩٥/١، والمجموع ١١/٢.

(٦) انظر: شرح القلشاني ٣٦٠/١.

١٤- ولا ينقض الخارج على سبيل المرض والنّدرة؛ كدم الاستحاضة، وسلس البول الدّائم بحيث يلازم ولا يفارق، أو يلازم أكثر مما يفارق، ونحوه للضّرورة[1].

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٢٦/١، وعقد الجواهر ٤٢/١-٤٣، ومواهب الجليل ٤٢٢/١، ومجموع الفتاوى ٢٢٠/٢١، و٢٢١، وشرح منتهى الإرادات ١٣٦/١.

المبحث الثّالث: القاعدة الحادية والعشرين [٢١]

[كلّ ما يغيّر الماءَ ممّاً لا ينفك عنه غالباً لا يسلبه صفة الطّهارة والتّطهير]

ذكرها ابن رشد في معرض ذكره لأنواع المياه الطّاهرة في نفسها المطهِّرة لغيرها؛ حيث قال: «أجمعوا على أنّ **كلّ ما يغيّر الماء ممّا لا ينفك عنه غالباً أنّه لا يسلبه صفة الطّهارة والتّطهير**؛ إلاّ خلافاً شاذاً رُوِيَ في الماء الآجن[١] عن ابن[٢] سيرين وهو محجوجٌ بتناول اسم الماء المطلق له»[٣].

توثيقها:

هذه القاعدة محلّ الإجماع بين الفقهاء كما قال ابن رشد[٤].

قال في الرسالة: «ويكون ذلك -أي: الطّهارة- بماءٍ طاهرٍ

---

(١) هو: الذي يتغيَّر بطول مكثه في المكان من مخالطة شيء يغيِّره. انظر: المغني ١/٢٣.

(٢) هو: الإمام أبو بكر محمّد بن سيرين الأنصاري البصري، كان فطناً حسن العلم بالفرائض والقضاء والحساب، ورعاً أديباً، توفي سنة: ١١٠هـ.
انظر ترجمته في: سير أعلام النّبلاء ٤/٦٠٦-٦٢٢.

(٣) انظر: بداية المجتهد ١/٧٢.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٣٩، والهداية ١/١٧-١٩، وردّ المحتار ١/١٨٧، والتّلقين ١/٥٤-٥٥، والمنتقى ١/٥٥، وبداية المجتهد ١/٢٣، والقواعد للمقّري ١/٢٤٦، قاعدة: [٢١]، وشرح القلشاني ١/٤٢١، ومواهب الجليل ١/٦٣، و٧٥ فما بعدها، وحاشية الدّسوقي ١/٣٧، والمهذّب ١/١٧-١٨، والمجموع ١/٢٩، والمغني ١/١٤، و٢٣، والفروق للسّامري ١/١١٩-١٢٠، والعدّة للمقدسي ١/١٢، والمغني ١/٢٢-٢٣، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٨.

غيرمشوب بنجاسة، ولا بماء قد تغيَّر لونُهُ لشيءٍ خَالَطَهُ من شيءٍ نَجسٍ، أو طاهرٍ، إلاَّ ما غيَّرتْ لونَه الأرضُ التِي هو بِها من سَبخَةٍ[١] أو حَمْأَةٍ[٢]، أو نحوهما»[٣].

قال في المغنِي: الضّرب الثّالث من المُضَاف، ما يَجوز الوضوءُ بــه روايةً واحدةً، وهو أربعة أنواع:

أحدها: ما أضيف إلى مَحلِّه ومقَرِّه؛ كماء النّهر والبئر وأشباههما؛ فهذا لا يَنفكّ منه ماءٌ وهي إضافةٌ إلى مُخالطٍ[٤]، وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم.

الثّانِي: ما لا يُمكن التّحرّزُ منه؛ كالطُّحلُب[٥]، والخزّ[٦]، وسائر ماينبت

(١) سَبخَة -بفتح السّين المهملة وكسر الباء الموحّدة وإسكانها ثم فتح الخاء المعجمة- واحد السّباخ، وهي أرض ذات ملحٍ ورشحٍ ملازمٍ، يقال: سبخت الأرض وأسبخت. انظر: غرر المقالة للمغراوي ص:٨٧، والمصباح المنير ص: ١٠٠، وشرح القلشاني ١/٤٣٣، وشرح زروق ١/٩٠، ومواهب الجليل ١/٧٩.

(٢) الحمأة -بفتح الحاء وسكون الميم وبعدها ألف مهموزة- وهي طين أسود منتن. انظر: غرر المقالة للمغراوي ص: ٨٧، والمصباح المنير ص: ٥٩، وشرح القلشاني ١/٤٣٣، وشرح زروق ١/٩٠، ومواهب الجليل ١/٧٩.

(٣) رسالة القيرواني ص ٨٧.

(٤) من الخلط هو عبارة عن مادّتين أو أكثر تَمَّ مزجُهما ببعضهما، وتحتفظ مكوِّنات المخلوط بصفاتها بعد المزج؛ بحيث يسهل فصل هذه المكوِّنات عن بعضها البعض، ولا تنتج من الخلط مادةٌ جديدةٌ ذات صفاتٍ جديدة. انظر: العلوم للصف السّادس الابتدائي (بنين) ص ١١٧.

(٥) الطُّحلُب -بضم الطّاء واللام وبفتح اللام أيضاً-: الخضرة التِي تعلو الماء. انظر: مواهب الجليل ١/٧٨.

(٦) الخزّ -بالخاء المعجمة والزّاي- وهو ما ينبت في جوانب الجدر الملاصقة للماء.

=

في الماء، وكذلك وَرَق الشَّجَر الذي يسقط في الماء، أو تَحمله الرِّيح فتلقيه فيه، وما تَجذبه السّيولُ من العِيدان والتِّبْن، ونحوه؛ فتُلقيه في الماء، وما هو في قرار الماء؛ كالكبريت، إذا جرى عليه الماء فتغيَّر به، أو كان في الأرض التِي يقف فيها الماءُ؛ فهذا كلّه يُعْفَى عنه؛ لأنّه يشقّ التّحرّز منه.

الثّالث: ما يوافق الماء في صفتيه؛ الطّهارة والطّهورية؛ كالتّراب إذا غيّر الماء، لا يمنع الطّهورية؛ لأنّه طاهرٌ مُطَهِّرٌ؛ كالماء.

الرّابع: ما يتغيّر به الماءِ بمجاورته من غير مُخالطةٍ؛ كالدّهن على اختلاف أنواعه، والطّاهرات الصّلبة؛ كالعود والكافور، إذا لم يهلك في الماء، لا يَخرج به عن إطلاقه؛ لأنّه تغيير مُجاورةٍ[(١)].

شرح مفردات القاعدة:

يُغَيِّر الماء، أي: الماء المطلق، وهو الخالص لم يخالطه شيءٌ، الباقي على أصل خلقته الذي ليس بمضافٍ إلى شيءٍ غَيَّرَهُ، وتغييره يكون بتغير أحد أوصافه الثّلاثة: طعمه، أو ريحه، أو لونه[(٢)].

ممّا لا ينفكّ عنه غالباً، أي: لا يفارقه في أغلب أحواله، أي: الذي يتعذر الاحتراز منه، ولا يمكن حفظ الماء منه، إمّا لكونه:

- متولّداً من الماء كالطُّحلُب، والخزّ، والزغلان[(٣)].

=

انظر: المرجع السّابق.

(١) انظر: المغني ١/٢٢-٢٣، وانظر: شرح القلشاني ص ٤٢٠، وفتح الباري ١/٤٠٨-٤١٥، و٩/٥٨٥-٥٨٧.

(٢) انظر: شرح القلشاني ص ٤٢٠، والمغني ١/١٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٦٥.

(٣) الزّغلان: حيوان صغير يتولّد في الماء. انظر: مواهب الجليل ١/٧٨.

- أو قراراً له، وهو الأرض التِي هو بها أو يمرّ عليها.
- أو لكونه مجاوراً.
- أو لطول مكثه في المكان من غير مُخالَطة شيء يُغَيِّره.

لا يسلبه صفة الطّهارة والتّطهير؛ أي: لا يُزايله صفة الطّهارة والتّطهير، ولا يُخْرِج الماء من هاتين الصّفتين(١):

إحداهما: كونه موصوفاً بطهارة، وهو أنّه طاهرٌ في نفسه.

والثّانية: كونه موصوفاً بأنّه مطهِّرٌ لغيره، أي: أنّ له قوةً يؤثِّر بها في غيره، وهو إزالة النّجَس أو رفع مانع العبادات، فيوصف بالطّهورية(٢).

والطَّهارة لغة: النّزاهة والنّظافة من الأدناس والأوساخ(٣).

والمراد به هنا: وصف الماء بكونه طاهراً منزَّهاً عن المخالط والمضاف.

والتّطهير هو: إزالة النّجَس أو رفع مانع العبادات وهو الحدث(٤).

معنَى القاعدة الإجمالي:

أنّ الأصل في المياه الطّهارة والتّطهير، وأنّ الماء الذي تغيّر بشيءٍ يَتَعَذَّرُ الاحترازُ منه، ولا يمكن حفظُ الماءِ منه، إمّا لكون الماء متولِّداً منه،

---

(١) انظر: شرح القلشانِي ص ٤٢٠، والمغنِي ١/١٤، وفتح البـاري ١/٤٠٨-٤١٥، و٩/٥٨٥-٥٨٧.

(٢) انظر: شرح القلشاني ١/٤١٦، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٤، ومعجـم لغـة الفقهاء ص ٣٦٥.

(٣) انظر: المفردات في غريب القرآن ص: ٣١٠، والنّهاية في غريب الحديث ٣/١٤٧، ومختار الصّحاح ص:٣٩٨، والمصباح المنير ص: ١٤٤، وشـرح القلشـانِي ص ٤١٦، والفواكه الدّواني ١/١١٨.

(٤) انظر: شرح القلشاني ١/٤١٦، و٤٢٠، وبلغة السّالك ١/١٠، والمغنـي ١/١٤، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٤، وفتح الباري ١/٤٠٨-٤١٥، و٩/٥٨٥-٥٨٧.

أو كونه قراراً للماء، وهو الأرض التي هو بها أو يمرّ عليها، أو مجاوراً له، أو لطول مكثه فيه من غير مُخالَطة شيء يُغَيِّره؛ فإنّ مثل هذا لا يخرج الماء عن كونه باقياً على إطلاقه، طاهراً مطهِّراً لغيره؛ لأنّه لا يمكن الاحتراز منه فعفي عنه للعسر والمشقّة فتصحّ به العبادات ويستخدم في العادات[١].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

أجمع فقهاء الأمصار على مفاد القاعدة، كما تقدم في فقرة توثيق القاعدة.

فيكون مستند القاعدة ودليلها الإجماع[٢].

تقسيم الماء بعدّة اعتبارات:

التّقسيم الأوّل باعتبار مصدره ينقسم إلى[٣]:

أوّلاً: ماء السّماء؛ كالمطر، والنّدى وهو ما ينْزل على الأرض وأوراق الشّجر من الليل، والجليد والبَرَد بفتحتين شيء ينْزل من السّحاب يشبه الحصى، ويسمّى حبّ الغمام وحبّ المزن، والثّلج ذاب بنفسه أو بفعل فاعلٍ أو بالوسائل التكنولوجية الحديثة.

والأصل في هذه الأنواع الكتاب والسّنة:

---

(١) انظر: المراجع السّابقة عند توثيق القاعدة.

(٢) انظر: شرح القلشاني ص ٤٢٠، والمغني ١/٢٢-٢٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٣٩، والهداية ١/١٧-١٩، ورسالة القيرواني ص: ٨٧، والتّلقين ١/٥٥، وشرح القلشاني ص ٤٢٠، والمهذّب ١/١٧، والمجموع ١/١٢، و١٣، وسراج السّالك للجعلي ١/٥٣، والمغني ١/١٤-١٥، و٢٢-٣٠، وفتح الباري ١/٤٠٨-٤١٥، و٩/٥٨٥-٥٨٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٦٥، وانظر: ومختار الصّحاح ص: ٤٧، وص: ١٠٧، والمصباح المنير ص: ١٧.

أمّا الكتاب فقوله -تعالى-: ﴿وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً لِّيُطَهِّرَكُم بِهِ﴾[(١)]،

وقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾[(٢)].

وقوله ﷺ: «اللهمّ! اغسلني من خطاياي بالثّلج والماء والبَرَد»[(٣)].

ثانياً: ماء الأرض؛ كماء البحر، وماء الأنهار، وماء الآبار، وماء العيون المتفجرة.

والأصل في هذه الأنواع من السّنة:

حديث أبي هريرة ﷺ يقول: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ؛ فقال: يا رسول الله! إنّا نَركَب البَحْرَ، ونحمل مَعَنا القليلَ من الماء، فإن توضّأْنا به عَطِشْنا، أفنتوضّأ به؟ فقال رسول الله ﷺ: «هو الطَّهُور ماؤُه، الحلّ مَيْتَتُه»[(٤)].

وحديث أبي سعيد الخدري ﷺ، قال: قيل: يا رسول الله!

---

(١) سورة الأنفال، الآية: ١١.

(٢) سورة الفرقان، الآية: ٤٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٢/٢٦٥ كتاب الأذان، باب: ما يقول بعد التّكبير برقم: (٧٢٦)، ومسلم في صحيحه ١/٤١٩، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، باب: ما يقال بين تكبير الإحرام والقراءة، برقم: (٥٩٨)، واللّفظ لمسلم.

(٤) أخرجه مالك في موطّه ١/٢٢، كتاب الطّهارة، باب الطّهور للوضوء، برقم: (١٢)، وأبو داود في سننه ١/٦٤، كتاب الطّهارة، باب الوضوء بماء البحر، برقم: (٨٣)، والنّسائي في سننه١/١/٥٠، باب: ماء البحر، والترمذي في سننه ١/١٠١، كتاب الطّهارة، باب ما جاء في ماء البحر أنّه طهورٌ، برقم: (٦٩)، وابن ماجه في سننه ١/١٣٦، كتاب الطّهارة، باب الوضوء بماء البحر برقم: (٣٨٦).

وهو حديثٌ صحيحٌ، قال فيه التّرمذي: «هذا حديث حسن صحيح»، وصحّحه النّووي في المجموع ١/١٣-١٤.

أَتَتَوَضَّأُ[١] من بِئْرِ بُضَاعَةَ[٢]؛ وهي بِئْرٌ يُطْرَحُ فيها لُحُومُ الكلاب والحِيَضُ[٣] والنَّتْنُ[٤]؟ فقال: ((الماء طهورٌ لا يُنَجِّسُه شيءٌ))[٥].

---

(١) بتاءين مثناتين من فوق خطابٌ للنّبي ﷺ ، أي: تتوضأ أنت يا رسول الله من هذه البئر وتستعمل ماءها في وضوئك مع أنّ حالها ما ذكر؟.
وفي رواية: ((أَنَتَوَضَّأ))، أي: نحن. انظر: المجموع ١/١٤، ومصادر تخريج الحديث.

(٢) بُضَاعَة -بضمّ الباء الموحّدة، ويقال بكسرها لغتان مشهورتان، والضّم أشهر-: اسم لصاحب البئر، وقيل: اسم لموضعها وهي: دار بني ساعدة بالمدينة، وبئرها معروفة. انظر: المجموع ١/١٤، ومعجم البلدان لياقوت الحموي ١/٤٤٢.

(٣) الحِيَض -بكسر الحاء وفتح الياء-: الخرق التي يمسح بها دم الحيض. انظر: تهذيب اللّغة للأزهري ١/١٥٩، مادة: (حاض)، والمجموع ١/١٤.

(٤) النَّتْن -بفتح النّون وإسكان التّاء- وهو الشّيء الْمُنْتن. ويجوز كسر التّاء أيضاً. انظر: تهذيب اللّغة للأزهري ١٤/٢٥٥، مادة: (نتن)، وتعليق الشّيخ أحمد شاكر على التّرمذي ١/٩٦.
قال الإمام أبو سليمان أحمد بن محمّد بن إبراهيم بن الخطاب الخطابي (ت: ٣٨٨هـ): ((قد يتوهم كثير من النّاس إذا سمع هذا الحديث أنّ هذا كان منهم عادةً، وأنّهم كانوا يأتون هذا الفعل قصداً وتعمّداً، وهذا ما لا يجوز أن يُظنّ بذمّي بل بوثني فضلاً عن مسلم، ولم يزل عادة النّاس قديماً وحديثاً مسلمهم وكافرهم تنْزيه المياه وصونها عن النّجاسات فكيف يُظنّ بأهل ذلك الزّمان وهم أعلا طبقات أهل الدّين وأفضل جماعة المسلمين، والماء في بلادهم أعزّ والحاجة إليه أمسّ أن يكون هذا صنيعهم بالماء وامتهانهم له؟! وقد لعن رسول الله ﷺ مَن تغوط في موارد الماء ومشارعه فكيف مَن اتّخذ عيون الماء ومنابعه رصداً للأنجاس ومطرحاً للأقذار، هذا ما لا يليق بحالهم، وإنّما كان هذا من أجل أنّ هذه البئر موضعها في حدور من الأرض وأنّ السّيول كانت تكسح هذه الأقذار من الطّرق والأفنية...)). معالم السنن ١/٣٧.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ١/٥٤، كتاب الطّهارة، باب ما جاء في بئر بُضاعة، برقم: (٦٦)، والنّسائي في سننه ١/١/١٧٤، كتاب المياه، باب: ذكر بئْر بضاعة، والتّرمذي في سننه ١/٩٦، كتاب الطّهارة، باب ما جاء أنّ الماء لا يُنَجِّسه شيءٌ، برقم: (٦٦)، والإمام أحمد في مسنده ٣/٢١.
والحديث صحيحٌ، صحّحه الإمام أحمد، وقال التّرمذي في سننه ١/٩٦: ((هذا حديث حسن)). وقال ابن العربي في عارضة الأحوذي ١/٨٣: ((حديث بئر بُضاعة
=

ثانياً: باعتبار صفاته ينقسم إلى ثلاثة(١):

أوّلاً: طهورٌ: وهو ماء طاهرٌ في نفسه مطهِّر لغيره، ويعرف في عرف الفقهاء بالماء المطلق أي: ما ليس بالمضاف إلى شيء غيره.

وقيل في تعريف هو: الباقي على أصل خلقته، فجُعل ما تغيّر بقراره، أو بما يتولّد منه، أو بالمجاورة ملحقاً بالمطلق في كونه طهوراً، فالمطلق بهذا الاعتبار أخصّ من الطّهور.

وقيل: المطلق هو: الذي لم يتغيّر أحد أوصافه بما ينفك عنه غالباً ممَّا ليس بقراره، ولا متولّد منه، فجُعل ما تغيّر بقراره، أو بما يتولّد منه،

=

لا بأس به»، وصحّحه النّووي في المجموع ١/١٣، ثم قال: «قال التّرمذي: حديث حسن صحيح»، والموجود في نسخة سنن التّرمذي التي عندي بدون لفظة: «صحيح»، ونسبه ابن حجر في التّلخيص الحبير للشّافعي وأحمد وأصحاب السّنن والدّارقطني والحاكم والبيهقي، وقال: «صحّحه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وأبو محمّد بن حزم».

وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (٥٩، و٦٠)، والجامع الصّغير برقم: (٧٤٨، و٣٦٨٨، و١١٥٨٦)، ومشكاة المصابيح برقم: (٤٧٨)، وإرواء الغليل ١/٤٥، و٤٨.

وانظر: شرح منتهى الإرادات ١/٣٥، وتعليق أحمد شاكر على سنن التّرمذي ١/٩٦.

(١) انظر: هذه الأقسام في: بدائع الصّنائع ١/٢٣٩-٢٤٠، ورسالة القيرواني ص: ٨٧-٨٨، والتّلقين ١/٥٤-٦٦، والتّبصرة للخمي ١/٨، والمنتقى ١/٥٥، والمقدّمات ١/٨٦، وعقد الجواهر لابن شاس ١/٧-٨، ومختصر خليل ص: ٨، والمختصر الكبير لابن عرفة ١/٢، وشرح القلشاني ١/٤٢٠-٤٢٣، و٤٢٧، ومواهب الجليل ١/٦٣، وسراج السّالك ١/٥٣، والمهذّب ١/١٧، والمجموع ١/١٢ فما بعدها، و٢٩، والمغني ١/١٤-١٥، و٢١-٢٢، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٢-٣٠، والمحلّى ١/١٩٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٦٥.

أو بالمجاورة داخلاً في حدّ المطلق.

ويدخل في الطّهور ماء خالطه شيء طاهر من غير قراره و لم يتغيّر وهو كثير.

ثانياً: ماء طاهر غير مطهِّر: هو الماء الذي تَغَيَّرَ أحد أوصافه بما ينفك عنه غالباً من الطّاهرات يمكن التّحرّز منه؛ فغيّر إحدى صفاته الثّلاث: طعمه، أو ريحه، أو لونه، أو غيّر اسمه وغلب على أجزائه حتّى صار صبغاً أو حبراً أو شاياً، يستعمل في العادات دون العبادات. ومعنَى كونه طاهراً؛ أنّه غير نَجسٍ فلا يجب غسله من ثوبٍ ولا بدنٍ، ومعنَى كونه غير مطهِّر؛ أنّه لا يرفع الحدث ولا حكم النّجاسة وإن أزال عينه.

وذهب الحنفية إلى أنّ هذا الماء طاهرٌ مطَهِّرٌ[1].

ثالثاً: ماء نَجَس: وهو الذي تغيّرت أحد أوصافه بنجاسةٍ حلّت فيه، فليس بطاهرٍ ولا مطهِّرٍ.

بعض الفروق بين المخالِط والمجاوِر هو[2]:

أوّلاً: أنّ المخالط هو الذي لا[3] يمكن فصله ويخالط جميع أجزاء

---

(١) انظر: الهداية ١/١٨.

(٢) انظر الفروق بينهما في: الهداية ١/١٨، وشرح القلشاني ١/٤٢٣، ومواهب الجليل ١/٧٠، و٧٥، و٨٢، و٨٤،والمهذّب١/٢٣، والمجموع١/٣٢-٣٣،والمغني١/١٤، و٢٢-٢٣، والفروق للسّامري ١/١١٩، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٧، و٣٠.

(٣) تعريف الفقهاء هنا للمخالط، يشبه ما يعرف بالمحلول في مادة العلوم، وهو: إذابة الملح في الماء بحيث يختفي الملح، ويُسمَّى الملح بالمادة المذابة، والماء بالمذيب، ويطلق على مزيج الملح والماء بـ: (الملحول)، وهناك نوعٌ آخر من المحاليل لا يختفي فيه المذاب في المذيب، مثل: محلول مسحوق الطّباشير في الماء، ومحلول الدّقيق في الماء، ومع ذلك يمكن فصل مكوِّنات المحلول عن بعضها البعض بطرقٍ سهلةٍ مثل: عملية =

الماء ويمازجه، بخلاف المجاور؛ فإنّه يتميّز في رأي العين، وقيل: هو ما يمكن فصله، يكفي مجاورة بعضه كما في الدّهن والعود.

ثانياً: أنّ المجاوِر ينقسم إلى: منفصلٍ عن الماء أو ملاصقٍ له، أمّا المنفصل فهو كجيفةٍ أو عذرةٍ بجانب الماء، فنقلت الرّيح رائحته إلى الماء فتغيّر؛ فإنّه لا يسلبه الطّهورية. وأمّا الملاصق لسطح الماء؛ فهو مثل الدّهن الطّيب والعود يقع في الماء ولا يختلط فيغيّره؛ فإنّه لا يسلبه الطّهورية على الرّاجح.

ثالثاً: أنّ تغيّر الماء بالمجاورة لا يسلبه الطهورية.

وأمّا التّغيّر بالمخالِط فإنّه على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يوافق الماء في صفتيه: الطّهارة والتّطهير؛ كالتّراب فلا يسلبه بمخالطته شيئاً منهما.

والثّاني: ما يخالف الماء في صفتيه المذكورتين؛ كالنّجاسة فيسلبه بمخالطته الصّفتين جميعاً.

والثّالث: ما يوافقه في الطّهارة ويخالفه في التّطهير فيسلبه بمخالطته ما يخالفه فيه وهو التّطهير، ويبقى ما يوافقه فيه وهو الطّهارة.

والمعتبر في سلب الطّهورية إنّما هو تغيّر أحد أوصاف الماء الثّلاثة: طعمه، أو لونه، أو ريحه، لا مجرّد مخالطة الماء لغيره.

تغيّر الماء بقراره له ثلاث صور[1]:

=

التّرويق، وعملية التّرشيح، وعملية التّبخير.

انظر: كتاب العلوم للصّفّ السّادس الابتدائي (بنين) ص ١١٩.

(١) انظر هذه الصّور في: الهداية ١/١٧-١٩، والتّبصرة ١/٨، ومواهب الجليل ١/٧٩-٨٠، و٨٦، والمهذّب ١/٢٢-٢٣، والمغني ١/١٤، و٢٢-٢٣، وشرح =

إحداها: أن يتغيّر الماء بقراره الذي هو الأرض التي بها في حال كونه قراراً له، أو يمرّ عليها من سبخة أو حمأة ونحوها؛ فإنّ ذلك لا يسلبه الطّهورية.

الصّورة الثّانية: أن يتغيّر بما صنع من قراره كإناء الحديد والنّحاس والفخار؛ فتغيّر الماء منه، فإنّ ذلك لا يسلبه الطّهورية أيضاً.

قال في التّبصرة: «وسواء كان تَغَيَّرَ منه وهو في قراره، أو صُنِعَ منه إناء فَيَتَغَيَّرُ الماء منه، وفَرَّقَ بعض أهل العلم بين تَغَيُّرِ الماء من هذه الأشياء في حال كونها قراراً للماء، أو طَرَحَ فيه، ولا فَرْقَ بين الموضعين، ولم يَكْرَهْ أَحَدٌ مِمَّن مَضى الوضوء من إناء الحديد على سرعة تغيّر الماء فيه، وقد ثبت عن النّبي ﷺ؛ أنّه كان يتوضّأ من إناء صفر[١]، ومعلومٌ أنّه يغيّر طعم الماء»[٢].

الصّورة الثّالثة: أن يتغيّر الماء بشيءٍ طُرِحَ فيه، وكان ذلك المطروح من جنس ما هو من قرار الماء كالتّراب والملح ونحوهما؛ فإنّ ذلك لا يسلبه

=

منتهى الإرادات ٢٧/١، و٣٠.

(١) من حديث عبد الله بن زيد رضي الله عنه، قال: «أتى رسول الله ﷺ؛ فأخرجنا له ماءً في تورٍ من صُفْرٍ فتوضّأ...» الحديث. أخرجه البخاري في صحيحه ٣٦١/١، كتاب الوضوء، باب الغسل والوضوء في المخْضب والقدح والخشب والحجارة، برقم: (١٩٥).
والتّور هو: إناء من صُفْرٍ أو حجارةٍ كالإجّانة، وقد يُتوضّأ منه.
انظر: النّهاية ١٩٩/١.
والصُّفْر -بالضّم وقيل: بالكسر- هو: من النّحاس ما يشبه الذّهب بلونه يعمل منه الأواني. انظر: مختار الصّحاح ص: ٣٦٤، والمصباح المنير ص: ١٣١، وسنن ابن ماجه، هامش (٤٧١).

(٢) التّبصرة للإمام أبي الحسن اللّخمي ٨/١، وانظر: البيان والتّحصيل ٩٩/١، ومواهب الجليل ٧٩/١.

الطّهورية ولو كان الطّرح قصداً، أو ألقته الرّيح، وسواء كان التّراب مصنوعاً كالجبس والنّورة؛ إذ لا اعتبار للصّنعة بدليل قولهم في الماء يتغيّر في الإناء مثل: الفخار والحديد والنّحاس؛أنّه لا يؤثّر في سلب الطّهورية؛ لكونه مما لا ينفك عنه الماء غالباً.

من تطبيقات القاعدة:

١-إذا ألقي في ماء الطّحلب وما يتولّد من الماء فغيّره؛ فإنّه لا يضرّ والماء باقٍ على أصل طهوريته؛ لأنّ ذلك مِن جنس مَا لا ينفك الماء عن جنسه[١].

٢-تغيّر الماء بالسّمك أو روثه لا يسلبه الطّهورية مطلقاً؛ لأنّه إمّا متولّد من الماء، أو مِمَّا لا ينفك عنه الماء[٢].

٣-تغيّر الماء بسقوط أوراق الشّجر أو الحشيش فيه لا يسلبه الطّهورية؛ لأنّه مما لا ينفك الماء عنه غالبا ولا يمكن التّحفّظ منه ويشقّ ترك استعماله[٣].

٤-إذا كان في أصل الماء شجرة فتغيّر بعروقها فإنّ ذلك لا يضرّ؛ لأنّه مما يعسر الاحتراز منه[٤].

٥-يلحق بالمتغيّر بما لا ينفك عنه غالباً: البئر المتغيّرة من الخشب والعشب الذي تطوى به الآبار في الصّحاري للضّرورة لذلك الماء، وكذلك الماء

---

(١) انظر: مواهب الجليل ٧٨/١، والمهذّب ٢٣/١، والمجموع ٢٩/١، و٣٠، والمغني ٢٠/١-٢٣.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٧٨/١.

(٣) انظر: ردّ المحتار ١٩٥/١، ومواهب الجليل ٨٧/١-٨٨، والمهذّب ٢٣/١-٢٤، والمغني ٢٢/١-٢٣.

(٤) انظر: مواهب الجليل ٨٩/١.

المتغيّر بالحبل الذي يستقى به، أو الدّلو الجديد، أو الكوب؛ فإنّه لا يسلبه الطّهورية[١].

٦- إذا وجد إلى جانب الماء جيفة أو عذرة أو غيرهما فنقلت الرّيح رائحة ذلك إلى الماء فتغيّر؛ فإنّه لا يضرّ، بل الماء طهور، لأنّه تغيّر بالمجاورة لا بالمخالطة[٢].

٧- إذا سدّ فم الإناء بشجر ونحوه فتغيّر منه الماء من غير مخالطة لشيء منه؛فإنّه لا يضرّ[٣].

٨- إذا وقع في الماء شيء من الحبوب؛ كالتّمر أو القمح أو الشّعير أو غيرها وتغيّر به؛ فإن كان بحاله صحيحاً لم ينحل في الماء؛ فإنّه لا يسلبه صفة الطّهارة والتّطهير فالماء طاهر مطهِّر؛ لأنّه تغيّر بالمجاورة لا بالمخالطة[٤].

٩- ما يعيش في البحر مما له نفس سائلة إن كان مأكولاً فميتته طاهرة لا يُنجِّس الماء[٥].

١٠- إذا ذاب البَرَد ونحوه فوجد في داخله شيء طاهر أو نجس من لواحق الأرض فحكمه حكم ما وقع فيه ذلك[٦].

١١- لا بأس بما انتضح من غسل الجنب في إنائه ولا يستطيع النّاس الامتناع من هذا، سواء انتضح من جسده أو من الأرض[٧].

---

(١) انظر: مواهب الجليل ١/٧٩.
(٢) انظر: مواهب الجليل ١/٧٥، والمجموع ١/٣٢، ٣٦.
(٣) انظر: مواهب الجليل ١/٧٥.
(٤) انظر: المجموع ١/٣٥.
(٥) انظر: المجموع ١/٥١.
(٦) انظر: مواهب الجليل ١/٧١.
(٧) انظر: مواهب الجليل ١/٧٢-٧٣.

١٢-إذا تغيّر الماء وشكّ في الذي غيّره هل هو مما يسلبه الطّهورية أو مما لا يسلبه الطّهورية؛ فالأصل بقاؤه على الطّهورية؛ لأنّ الشّيء متى شكّ في حكمه رُدَّ إلى أصله والأصل في الماء الطّهارة والتّطهير[1].

١٣-إذا وقع في الماء ما لا يختلط ولا يمازج؛ كالدّهن الملاصق لسطح الماء، والعود الصّلب، والعنبر فإنّه لا يضرّ[2].

١٤-إذا تغيّر أحد أوصاف الماء بطاهر مما ينفك عنه سلبه ذلك التّغيّر الطّهورية فيكون طاهراً غير مطهِّرٍ، سواء كان التّغيّر ظاهراً أو خفياً[3].

---

(١) انظر: مواهب الجليل ١/٧٣-٧٤، و المجموع ١/٧٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل ١/٧٥، والمجموع ١/٣٢، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٧.

(٣) خلافاً للحنفية؛ فإنّ الطّهارة تَجوز بماء خالَطَهُ شيءٌ طاهرٌ؛ فتغيّر أحد أوصافه؛ كالماء اختلط بالشّاي؛ فتغيّر حتّى أصبحَ شاياً، انظر: الهداية ١/١٨، ومواهب الجليل ١/٨٢-٨٣، والمهذّب ١/٢٣، والمجموع ١/٣٠، ٣٦، والمحلّى ١/١٩٣.



الفصل الثّالث: القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالصّلاة، والزّكاة، والحجّ.

وفيه خمسة مباحث:

٢٢- **المبحث الأوّل**: ضابط: كلّ مَن اخلّ بشرطٍ من شروط صحّة الصّلاة وجبت عليه الإعادة.

٢٣- **المبحث الثاني**: ضابط: الأصل أنّ صلاة المأموم غير مرتبطةٍ بصلاة الإمام.

٢٤- **المبحث الثّالث**: ضابط: لا زكاة في مال حتّى يحول عليه الحول.

٢٥- **المبحث الرّابع**: **قاعدة**: ما يوجب الحدّ يفسد الحجّ.

٢٦- **المبحث الخامس**: ضابط: كلّ ما لا يجوز للمُحرِم ابتداؤه وهو مُحْرِمٌ لا يجوز له استصحابه وهو مُحْرِمٌ



المبحث الأوّل: الضّابط الثّاني والعشرون [٢٢]

[كلّ مَن أخلّ بشرطٍ من شروط الصّلاة، وجبت عليه الإعادة]

ذكر ابن رشد هذا الضّابط في مطلع باب الكلام عن الأسباب التي تقتضي إعادة الصّلاة، وهي مفسدات الصّلاة؛ حيث قال:

«واتّفقوا على أنّ مَن صلّى بغير طهارةٍ أنّه يجب عليه الإعادة عمداً كان أو ناسياً.

وكذلك مَن صلّى لغير القبلة عمداً كان ذلك أو ناسياً.

وبالجملة؛ فإنّ **كلّ مَن أَخَلَّ بشرْطٍ من شروط صحّة الصّلاة، وجبت عليه الإعادة**»[١].

توثيق الضّابط:

ورد ذكر الضّابط أو مفاده في كتب الفقه منها:

ما ورد في المهذّب: «إذا قطع شرطاً من شروطها؛ كالطّهارة والسّتارة وغيرهما بطلت صلاته»[٢].

وفي المجموع: «إذا أخلّ بشرطٍ من شروط الصّلاة مع قدرته عليه بطلت صلاته»[٣].

---

(١) بداية المجتهد ١/٤٢٧.

(٢) المهذّب للشّيرازي ١/٢٨٢، وانظر: ١٢٥، والمجموع ٤/٥.

(٣) المجموع للنّووي ٤/٥.

وفي المغنِي: «فمتَى أَخَلَّ بشيءٍ من هذه الشّروط لغير عذرٍ لم تَنْعَقِدْ صلاته»[١].

وفي شرح العمدة: «القياس يقتضي أن من أخل بشرط من شروط الصلاة أعاد إذا قدر عليه»[٢].

وفيه المحلّى: «مسألة: كلّ حدثٍ ينقض الطهارةَ بعمدٍ أو نسيانٍ؛ فإنَّه متَى وُجِدَ بغلبةٍ أو بإكراهٍ أو بنسيانٍ في الصلاة، ما بين التكبير للإحرام لها إلى أن يتم سلامه منها؛ فهو ينقض الطهارةَ والصلاةَ معاً، ويلزمه ابتداؤه، ولا يجوز له البناء فيها، سواء كان إماماً أو مأموماً أو منفرداً، في فرضٍ كان أو في تطوعٍ»[٣].

شرح مفردات الضّابط:

الصّلاة: لغةً: منقولة من الدّعاء[٤]، قال الله -تعالى-: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ﴾[٥]. وقيل: منقولة من الصّلة، وهي ما يربط بين شيئين؛ فهي صلةٌ بين العبد وربّه. وقيل: بمعنَى الرّحمة. وقيل: بمعنَى الاستقامة؛ قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾[٦].

واصطلاحاً: قُرْبَةٌ فِعْلِيَّةٌ ذاتُ إِحْرامٍ وسَلامٍ أو سُجُودٍ فقط.

---

(١) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٣٨٩/٢، وانظر: ٥٠٦.
(٢) شرح العمدة لابن تيمية ٤٢٥/١.
(٣) المحلّى ٦٥/٣-٦٦، مسألة: (٤٦٢).
(٤) انظر: مشارق الأنوار ٤٤/٢-٤٥، وغرر المقالة ص ١٠٧-١٠٨، وشرح القلشاني ص ٦٢٠، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٧/١.
(٥) سورة التّوبة، الآية: ١٠٣.
(٦) سورة العنكبوت، الآية: ٤٥.

بعبارةٍ أخرى: هي: أقوالٌ وأفعالٌ معلومةٌ مُفْتَتَحَةٌ بالتّكبير، مُخْتَتَمَةٌ بالتّسليم[١].

الإعادة: لغة: تكرير الفعل مرّةً أخرى[٢].

واصطلاحاً: فعل العبادة مرّةً أخرى إمّا لبطلانها مثلاً؛ فَتُعادُ في الوقت وبعد، وإمّا لغير ذلك؛ كإعادتها لفضل الجماعة في الوقت[٣].

معنَى الضّابط الإجمالي:

يفيد الضّابط بطلان الصّلاة، ووجوب إعادتها؛متَى اختلّ شرطٌ من شروط صحّتها في أثنائها؛ لأنّ شرط شيءٍ يجب دوامه واتّصاله، ما لم يكن عذرٌ.

وشروطها هي:ما تتوقّف صحّتها عليها إن لم يكن عذرٌ،وهي خارجة عن الصّلاة، بل تجب قبلها[٤].

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

لم تختلف المذاهب الفقهية في استعمال هذا الضّابط في الجملة، وإن اختلفوا فيما يعدّ شرطاً من شروط صحّة الصّلاة.

وأيضاً اختلفوا في بعض الشّروط كالطّهارة من الحدث إذا سبقه وهو في الصّلاة فإنّهم لا يختلفون في بطلان الطّهارة،وإنّما اختلفوا في

---

(١) انظر: غرر المقالة ص ١٠٨، وحدود ابن عرفة ١٠٧/١، وشرح القلشاني ص ٦٢٠، ومنتهى الإرادات ٣٩/١.

(٢) انظر: مختصر الصحاح ص ٤٦١، والمصباح المنير ص ١٦٦.

(٣) انظر: روضة النّاظر ٤٤٧/١، ومختصر الرّوضة ٤٤٧/١-٤٤٨، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥٥، ونثر الورود ص ٦٨.

(٤) انظر: قواعد المقرّي ٣٧٣/٢، ومختصر الرّوضة ١٨٩/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٧٧/١.

بطلان الصّلاة،وعلى القول بالبطلان تجب الإعادة بعد تجديد الطّهارة، وعلى القول بعدم البطلان فإنّه يبني على ما مضى من صلاته. وهذا هو المذهب عند الحنفية، والقول القديم للشّافعية ورواية عن أحمد(١).

وذهب المالكية والشّافعية في المذهب والحنابلة في المذهب والظّاهرية والحنفية في قولٍ إلى أنّه لا يبني إلاّ في الرّعاف(٢).

وشروط الصّلاة على ثلاثة أقسام:

شرطٌ في الوجوب والصّحّة، وشرطٌ في الوجوب فقط، وشرط في الصّحّة فقط.

وهذه الشّروط المذكورة في حالة الاعتياد دون حالات العذر.

وأمّا شروط الوجوب والصّحة فخمسة، هي:

١-بلوغ دعوة رسول الله ﷺ .

٢-دخول وقت الصّلاة.

٣-العقل.

٤-ارتفاع دم الحيض والنّفاس.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٦/١، والمهذّب ٢٨٢/١، والمجموع ٦/٤-٨، والمغني ٥٠٨/٢، والإنصاف ٣٢/٢-٣٣.

(٢) انظر: المبسوط للسّرخسي ١٦٩/١، وبدائع الصّنائع ٥١٦/١-٥١٧، والرّسالة للقيرواني ص ١٣٥، والمعونة ٢٨١/١، وعقد الجواهر ١١٣/١، وشرح القلشاني على رسالة القيرواني ٨٩٤/٢، و٨٩٨، و٨٩٩، والمهذّب ٢٨٢/١-٢٨٣، والمجموع٦/٤-٨، والمغني٢٤٨/١، وشرح العمدة لابن تيمية٢٨٤/١، ٢٩٦-٢٩٧، والإنصاف ٣٢/٢-٣٣، والمغني ٥٠٨/٢، وشرح منتهَى الإرادات ٢٣٩/١، والمحلّى ٦٥/٣-٦٩.

٥-عدم السّهو والنّوم.

وأمّا شروط الوجوب دون الصّحّة فاثنان:

١-البلوغ، فلا تجب على مَن لم يبلغ، لكن تصحّ منه الصّلاة ويؤمر بها لسبع ويضرب عليها لعشرٍ.

٢-الإكراه؛ فلا تجب عليه حالة الإكراه الذي بلغ به إلى حدّ الإلجاء؛ لأنّه عذر يسقط التّكليف، لكن لو خاطر وصلّى؛ فإنّه تصحّ صلاته.

وأمّا شروط الصّحّة دون الوجوب فستّة، وهي:

١-الإسلام، بناءً على أنّ الكفّار مخاطبون بفروع الشّريعة، فتجب الصّلاة على الكافر لكن لا تصحّ منه لفقد الإسلام.

٢-الطّهارة من الحدث الأكبر والأصغر ابتداءً؛ أي: قبل الدّخول في الصّلاة، ودواماً؛ أي: بعد الدّخول فيها، ناسياً أو عامداً أو غلبةً، ويجب عليه قضاء الصّلاة متى علم أنّه صلاّها وهو محدث، أو أنّه طرأ عليه فيها حدث.

٣-الطّهارة من الخبث؛ وهو النّجس من البدن والثّوب والمكان ابتداءً ودواماً، مع الذّكر للنّجاسة والقدرة على إزالتها.

٤-ستر العورة.

٥-استقبال القبلة.

٦-ترك الأفعال الكثيرة،وهي ما تخيل للنّاظر إلى المصلّي الإعراضَ عن الصّلاة[1].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٠١/١، و٥١٦، وعقد الجواهر ١٧/١، و١١٠-١١٩، والتّاج والإكليل ١٣٦/٢-١٣٨، و١٧٧، و١٩٤، ومواهب الجليل ٦١/١، و٣/٢، و١٣٦-١٣٨، و١٧٧-١٧٨، و١٩٤، وقواعد المقرّي ٣٧٣/٢، ومذكّرة أصول الفقه =

فمتَى اختلَّ شيءٌ من هذه الشّروط بترك ما يجب فعله، أو فعل ما يجب تركه؛ فإنّ الصّلاة تبطل، وتجب الإعادة ما لم يكن له عذرٌ، فرضاًكانت صلاته أونفلاً؛ لأنّه شرطٌ للصّلاة فاستوى فيه الفرض والنَّفْل، إلاّ ما ثبت استثناؤه بدليلٍ؛كترك استقبال القبلة حالة السّفر.

تنبيهان:

أوّلاً: لا يجوز إخلال قصداً بشيءٍ من شروط العبادة سواء أكانت صلاةً أم غيرها؛ إذ لا بدّ من إتيان العبادة مستوفية الشّروط، متوفرة الأركان، منتفية الموانع. ولأنّ قصد المخالفة في أداء العبادة يعتبر من قبيل البدع.

قال الإمام الشّاطبي رحمه الله: «وإذا كانت العبادة مشروطةً بشرط فيعمل بها دون شرطها لم تكن عبادة على وجهها، وصارت بدعةً؛ كالمخل قصداً بشرطٍ من شروط الصّلاة؛ مثل استقبال القبلة أو الطهارة أو غيرها؛ فحيث عرِف بذلك وعلمه فلم يلتزمه ودأب على الصلاة دون شرطها فذلك العمل من قبيل البدع»[1].

ثانياً: أنّ تعذّر شرط صحّة العبادة لا يُسْقِطُ وجوبها؛ كَمَن لم يجد الطَّهور؛ فإنّه يصلّي في الوقت ولا يعيد،أو المعتكِف الذي تعذّر عليه الصّوم؛ فإنّه يلزم المسجد[2].

=

ص٣٩-٤٠، والمهذّب ١/١٢٥، والمجموع ٢/٢١١، ٣/٩٧، و١٢٠، و١٣٤، و٤/٦، و٨-١٠، والمغني ٢/٩٢، و١٠٠، ٢٨٣، ٣١١، ٣٨٩، و٤٦٤-٤٦٥، و٤٨٠، والعدّة شرح العَمدة ١/٥٦ فما بعدها، وشرح مختصر الرّوضة ١/١٩٤، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٧٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٣١.

(١) الاعتصام للشّاطبي ص: ١٨٩.

(٢) انظر: قواعد المقرّي ٢/٥٧٨.

من تطبيقات الضّابط:

١- مَن صلّى بغير طهارةٍ تجب عليه الإعادة عمداً كان أو ناسياً؛ لأنّ الأركان والفروض والشّروط لا يسقط شيءٌ منها بالنّسيان ولا بالجهل[(١)].

٢- مَن صلّى صلاةً قبل وقتها فعليه الإعادة[(٢)].

٣- مَن صلّى لغير القبلة عمداً من غير عذرٍ بطلت صلاته وعليه الإعادة[(٣)].

٤- مَن تعمّد ترك سترة العورة في الصّلاة بطلت عليه[(٤)].

٥- مَن تيمّم وصلّى ثم علم أنّه كان في رحله ماء نسيه لم تصحّ صلاته وعليه الإعادة لتفريطه في طلب الماء[(٥)].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٠١/١، و٥١٧، والمعونة ١٦٥/١، و١٦٦، و٢٨١، وبداية المجتهد ٤٢٧/١، وعقد الجواهر ١٧/١، و١١٠، و١١١، وشرح القلشاني ٤٤٨/١، و٨٦٢، والمهذّب ١٢٥/١، و٢١٢، والمجموع ٩٧/٣، و٦/٤، والمغني ٣٧٥/٢، و٤٦٤، و٤٦٥، و٤٨٠، وشرح منتهى الإرادات ١٥٠/١، والمحلّى ٩٠/١، و٦٥/٣-٦٩.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣١٥/١، والمعونة ١٩٥/١، وعقد الجواهر ٧٩/١، وشرح القلشاني ٦١٨/٢، والمغني ٨/٢، و٤٥، و٣٨٩، وشرح منتهى الإرادات ٢٧٨/١، والمحلّى ١٩٧/٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٠٨/١، والمعونة ٢١٢/١، وبداية المجتهد ٤٢٧/١، وعقد الجواهر ٩٣/١-٩٤، و٩٥، وشرح القلشاني ٤٤٩/١، و٨٥٩، ٩٦١، والمهذّب ٢٢٣/١، و٢٣٠، والمجموع ١٣٥/٣، و١٥١، و٥/٤، والمغني ٩٢/٢، و١٠٠، و٣٨٩، ومنتهى الإرادات ٥٠/١، وشرح منتهى الإرادات ٣٤٠/١، و٤١٩، والمحلّى ٢٥٨/٢.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣٠٦/١، و٥٤٧، والمعونة ٢٢٨/١، والرّسالة ص ٨٩، وأحكام ابن العربي ٣٠٩/٢، وعقد الجواهر ١١٥/١-١١٧، والجامع للقرطبي ١٦٩/٧، وشرح القلشاني ٤٦٩/١، و٤٧١، ٤٧٣، ٤٧٥، و٧٩٨/٢، والمهذّب ٢١٥/١، والمجموع ١٢٠/٣، والمغني ٢٨٣/٢، و٢٨٧، و٣١١، و٣٨٩، ومنتهى الإرادات ٤٥/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٩٧/١.

(٥) انظر: شرح القلشاني ٥٧٣/١، والمهذّب ١٢٣/١، والمغني ٣١٨/١، وشرح =

٦- مَن تعمّد الكلام في صلاته لغير حاجة، أو قَهْقَهَ وهو ذاكرٌ للصّلاة عالمٌ بالتّحريم بطلت صلاته، وعليه الإعادة[(١)].

٧- مَن أكل أو شرب عامداً في صلاته بطلت ولزمته الإعادة[(٢)].

٨- مَن عمل عملاً كثيراً ليس من جنس الصّلاة بطلت صلاته وعليه الإعادة[(٣)].

٩- إن كان على المصلّي ثوبٌ طاهرٌ وطرفه موضوع على نجاسة كالعمامة على رأسه وطرفها على أرضٍ نجسةٍ لم تصحّ صلاته وعليه الإعادة؛ لأنّه حامل لما هو متّصلٌ بنجاسة[(٤)].

١٠- مَن صلّى على موضعٍ نجسٍ بطلت صلاته وعليه الإعادة؛ لأنّ طهارة الموضع الذي يصلّي فيه ويلاقيه في قيامه وقعوده وسجوده وموضع كفّيه شرطٌ من شروط الصّلاة[(٥)].

=

منتهى الإرادات ١/١٨٦، و١٨٨.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/٥٣٧، و٥٤٥، والمعونة ١/٢٣٩، و٢٧٦، وعقد الجواهر ١/١١٧، وشرح القلشاني ٢/٨٣٢، و٨٥٧-٨٥٨، والمهذّب ١/٢٨٣، والمجموع ٤/٨، و١٤، ومختصر الخرقي ٢/٤٤٤، والمغني ٢/٤٤٤، و٤٤٩، ٤٥٠، والإنصاف ٢/١٣٧.

(٢) انظر: المهذّب ١/٢٨٦، والمجموع ٤/١٩، والمغني ٢/٤٦٢، وشرح منتهى الإرادات ١/٤٢٢، وإجماع ابن المنذر ص ٨ ف (٤٨).

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١/٥٤٥، و٥٥٣، وعقد الجواهر ١/١١٨، وشرح القلشاني ٢/٨٠٣، والمهذّب ١/٢٨٧، والمجموع ٤/٢٠، والإنصاف ٢/١٣٧، وشرح منتهى الإرادات ١/٤١٩.

(٤) انظر: وعقد الجواهر ١/١١١، وشرح القلشاني ٢/٨٨٥، والمهذّب ٣/١٠٨، والمغني ٢/٤٦٥.

(٥) انظر: الرّسالة للقيرواني ص ٨٨، والمعونة ١/١٦٦، وشرح القلشاني ١/٤٤٦، و٤٤٨، و٨٨٥، والمهذّب ١/٢٠٩، و٢١٢، والمغني ٢/٤٦٥.

من مستثنيات الضّابط وهي حالاتٌ استثنائيةٌ لا تدخل في الضّابط:

١- إن وقعت عليه نجاسةٌ يابسةٌ فنحاها في الحال لم تبطل صلاته؛ لأنّها ملاقاة نجاسةٍ هو معذور فيها، وإن تأخّر بطلت وعليه الإعادة(١).

٢- إن كشفت الرّيحُ الثّوبَ عن عورته ثُمَّ ردَّه لم تبطل صلاته؛ لأنّه معذور فيه، وإن تأخّر بطلت وعليه الإعادة(٢).

٣- ولو غُصِبَ ثوبُهُ وهو في الصّلاة فأتَمَّها عارياً صحّت ولا إعادة عليه؛ لأنّه معذور(٣).

٤- مَن سبق لسانه من غير قصدٍ إلى الكلام أو غلبه الضّحك ولم يطل لم تبطل صلاته؛ لأنّه غير مفرطٍ فيه(٤).

٥- لم تبطل صلاة مَن عمل عملاً قليلاً(٥) ليس من جنس الصّلاة؛ كالمشي إلى الفُرُجِ في الصّلاة، ودفع مارٍ بين يديه، أو قتل الأسودين: الحية والعقرب، أو خلع نعليه، أو إصلاح ردائه، أو حمل شيءٍ، أو ردّ السّلام بالإشارة(٦).

---

(١) انظر: المهذّب ٢٨٣/١، والمجموع ١١٨/٣، و٧/٤، والمغني ٤٦٧/٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٤٨/١، والمجموع ٧/٤، والمغني ٢٨٨/٢.

(٣) انظر: المجموع ٧/٤.

(٤) انظر: عقد الجواهر ١١٧/١، والمهذّب ٢٨٤/١، والمجموع ١٠/٤، والإنصاف ١٣٧/٢.

(٥) ضابط القلّة والكثرة في الفعل الذي ليس من جنس الصّلاة:
قيل: القليل ما لا يظنّ النّاظر إليه أنّ فاعله ليس في الصّلاة، والكثير ما يظنّ أنّه ليس فيها.
وقيل: الرّجوع فيه إلى العرف والعادة، فلا يضرّ ما يعدّه النّاس قليلاً، ويضرّ ما يعدّونه كثيراً. انظر: بدائع الصّنائع ٥٥٣/١، وعقد الجواهر ١١٨/١، والمهذّب ٢٨٧/١، والمجموع ٢٠/٤-٢١.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٥٥٣/١-٥٥٤، والمعونة ٢٧٦/١، و٢٩٤-٢٩٥، وشرح =

٦-من صلَّى على موضعٍ طاهرٍ من حصيرٍ، وبموضعٍ آخر منه نجاسةٌ صحّت صلاته ولا شيء عليه؛ لأنّه غير ملاق للنّجاسة، ولا حامل لما هو متّصل بالنّجاسة، وهو كما لو صلّى على أرضٍ طاهرةٍ وفي موضعٍ منها نجاسة، ولو صلّى على موضعٍ نجسٍ منه لبطلت صلاته[1].

٧-وكذا لو صلّى على سريرٍ قوائمُهُ على نجاسةٍ صحّت صلاته[2].

٨-لو كانت نجاسةٌ على الأرض التي يريد أن يصلّي عليها، وفرش عليها شيئاً بحيث لا يلاقيه منها شيء وصلّى عليه صحّت صلاته؛ لأنّه غير مباشر للنّجاسة ولا حامل لما هو متّصل بها[3].

٩-مَن لم يجد شيئاً يستر به عورته صلّى عرياناً ولا يعيد، وإن وجد السّتر في أثنائها وهو قريبٌ منه ويمكنه تناوله من غير استدبار القبلة لزمه سترٌ؛لأنّه شرطٌ لم يأتِ عنه ببدلٍ، ويبنِي على صلاته؛ لأنّه عملٌ قليلٌ فلا يمنع البناء، وإن بعُد أو لا يمكنه تناوله إلاّ باستدبار القبلة بطلت صلاته وعليه الاستئناف؛ لأنّه يحتاج إلى عملٍ كثيرٍ[4].

=

القلشاني على رسالة القيرواني ٢/٨٠٤-٨٠٥، والمهذّب ١/٢٣٠-٢٣١، و٢٨٧، والمجموع ٣/١١٣، و١٥٨، و٤/٢٠-٢٢، و٢٨-٢٩، والمغني ٢/٣٩٧-٤٠٢، و٤٦٧، ومنتَهى الإرادات ١/٦١، وشرح منتَهى الإرادات ١/٤٢٨-٤٣٤، ٤٤٠.

(١) انظر: رسالة القيرواني ص ١٣٣، والمهذّب ٣/١١١، والمجموع ٣/١١١.

(٢) انظر: المجموع ٣/١١١.

(٣) انظر: المهذّب ١/٢١٠.

(٤) انظر: المهذّب ١/٢٢٨-٢٢٩، والمجموع٣/١٣١، ومختصر الخرقي٢/٣١١، والمغني٢/٣١١-٣١٢، والإنصاف ١/٤٦٦.

١٠- يجوز ترك القبلة في شدّة الخوف والتحام القتال إذا اضطرّ إلى تركها ويصلّي حيث أمكنه[١].

١١- مَن لم يجد الماءَ المطلقَ ولا الصّعيدَ الطّاهرَ صلّى الفرضَ فقط على حسب حاله وصحّت صلاته؛ لأنّ تعذّر شرط صحّة العبادة لا يسقط وجوبها، ولأنّه أتى بما أُمِرَ به فخرج من عُهدته[٢].

ولا يزيد على ما يجزئه؛ فلا يقرأ زائداً على الفاتحة، ولا يستفتح، ولا يتعوّذ، ولا يبسملُ، ولا يسبِّحُ زائداً على المرَّةِ الواحدة، ولا يزيد على ما يجزئ في طمأنينة ركوعٍ أو سجودٍ أو جلوسٍ بين السّجدتين، وإذا فرغ من قراءة الفاتحة ركع في الحال، وإذا فرغ مما يجزئ في التّشهّد نَهَ أو سلَّم في الحال؛ لأنّها صلاةُ ضرورةٍ فتقيّدت بالواجب؛ إذ لا ضرورةَ للزّائد، ولا يقرأ خارج الصّلاة إن كان جنباً، ولا يؤمُّ عادمُ الماء والتّراب مُتَطَهِّراً بالماء أو بالتّراب، بل لا يؤمّ العاجز عن شيءٍ من شروط صحّة الصّلاة قادراً عليه[٣].

١٢- المسافر إذا كان معه ماءٌ وخَشِيَ العطشَ؛ فإنّه يُبْقِي ماءَه للشُّرْب ويتيمَّم لصلاته ولا يعيد[٤].

---

(١) انظر: المهذّب ٣/١٤٧-١٤٨، ومختصر الخرقي ٢/٩٢، و٩٤، والمغني ٢/٩٢-١٠٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٨٣، والمنتقى ١/١١٦، والبيان والتّحصيل ١/٢٠٦-٢٠٧، وعقد الجواهر ١/٦٤، ومواهب الجليل ١/٥٢٩، وشرح القلشاني ١/٥٩٣، والمهذّب ١/١٢٥، والمجموع ٢/٢٢٣، و٢٢٥-٢٢٦، والمغني ١/٣٤٨، ومنتهى الإرادات ١/٢٨، وشرح منتهى الإرادات ١/١٩٠.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات ١/١٩٠.

(٤) انظر: أحكام الجصاص ٤/١٤، والمهذّب ١/١٢٤، والمجموع ٢/٢٠٤، ومختصر =

١٣-أصحاب الأعذار؛ كالمستحاضة أو مَن به سلسل البول أو المذي أو الرّيح أو حدثٌ دائمٌ أو جرحٌ سائلٌ؛ فإنّه يغسل النّجاسة عند كلّ فريضة، ويحشو رأس الذّكر ويشدّ بالخرقة، ويتوضّأ لكل صلاةٍ ويصلّي حسب حاله، ولا يجوز أن يتوضّأ قبل دخول القوت؛ لأنّها طهارة ضرورةٍ فلا تجوز قبل وقت الضّرورة[1].

=

الخرقي ١/٣٤٣، والمغني ١/٣٤٣.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١/١٢٦، وعقد الجواهر ١/٤٢-٤٣، والتّاج والإكليل ١/٤٢١-٤٢٣، ومواهب الجليل ١/٤٢٢-٤٢٥، والمهذّب ١/١٢٩-١٣٠، و١٥٩-١٦٠، والمجموع ١/٢٩٦، و٢/٣٨٠-٣٨٧، وشرح منتهى الإرادات ١/١٣٤.

المبحث الثّاني: الضّابط الثّالث والعشرون [٢٣]

[الأصلُ أنّ صلاةَ المأمومِ غيرُ مرتبطةٍ بصلاةِ الإمامِ]

ذكر هذا الضّابط في عدّة مناسباتٍ هي:

١-عند توجيهه سبب الخلاف في مسألة وقت تكبيرة الإحرام للمأموم؛ حيث قال:

«وسبب الخلاف أنّ في ذلك حديثين متعارضين... فظاهر هذا أنّ تكبيره وقع بعد تكبيرهم[1]؛ لأنّه لم يكن له تكبير أوّلاً لمكان عدم الطّهارة[2].

---

(١) أي: أنّ تكبير النّبيّ ﷺ وقع بعد تكبير الصّحابة رضوان الله عليهم. ويشير بذلك إلى حديث أبي بكرة أنّ رسول الله ﷺ دخل في صلاة الفجر فأومأ بيده أن مكانَكم، ثم جاء ورأسه يقطُر فصلّى بهم.
وفي روايةٍ ذُكِر في أوّله: «فكبَّر»، وقال في آخره: فلّما قضى الصّلاة قال: «إنّما أنا بشر، وإنّي كنت جنباً».
الحديث أخرجه أبو داود في سننه ١/١٥٩-١٦٠، برقم: (٢٣٣، و٢٣٤). وهو حديث صحيح، صحّحه الشّيخ الألباني في صحيح أبي داود برقم: (٢١٣).

(٢) هذا أحد الأوجه الثّلاثة التي ذكرها الإمام الحافظ ابن عبد البرّ في الحديث حيث يقول: «ولا يخلو أمّره -أي: أمر النّبيّ ﷺ إذا رجع من أحد ثلاثة أوجه:
الوجه الأوّل: إمّا أن يكون بنَى على التّكبيرة التي كبَّرها وهو جنبٌ، وبنَى القومُ معه على تكبيرهم فإن كان هذا؛ فهو منسوخٌ بالسّنة والإجماع...
الوجه الثّاني: أن يكون حين انصرف بعد غسله استأنف صلاتَه واستأنفها أصحابه معه بإحرام جديد، وأبطلوا إحرامهم.
الوجه الثّالث: -وهو الذي ذكره ابن رشد- أن يكون النّبيّ ﷺ كبّر محرماً مستأنفاً =

وهو أيضاً مَبْنِيٌّ على أصله[(١)] أنّ **صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة الإمام**»[(٢)].

٢-عند بيان سبب اختلافهم في تعدّي فساد صلاة الإمام للمأموم؛ حيث قال: «وسبب اختلافهم: هل **صحّة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحّة صلاة الإمام أم ليست مرتبطة؟**»[(٣)].

توثيق الضّابط:

ورد ذكر الضّابط واستعماله في كتب الشّافعية وهو من ضوابط مذهبهم[(٤)]، ونسبه إليهم غيرهم، كما ورد ذكره واستعماله عند الظّاهرية ومناقشة مَن خالفهم.

قال الإمام الشّافعي رحمه الله: «ونية كلّ مصلٍّ نية نفسه لا يفسدها عليه أن يخالف نية غيره وإن أمّه»[(٥)].

=

لصلاته، وبنَى القومُ خلفه على ما مضى من إحرامهم، فهذا وإن كان فيه النّكتة المجيزة لصلاة القومِ خلف الإمام الجُنُب لاستجزائهم بإحرامهم؛ فإنّه لا يصحّ. ولا يخرج على مذهب مالك؛ لأنّه حينئذ يكون إحرامُ القوم قبل إحرام إمامهم...
وأمّا الشّافعي فيصحّ الاستدلال بهذا الحديث على أصله في أنّ صلاة القوم عنده غير مرتبطة بصلاة إمامهم...». الاستذكار ١/٣٢٥-٣٢٧، وانظر: ٣٣٣-٣٣٤، والتّمهيد ٢/٣٢٠.

(١) أي: أصل الإمام الشّافعي.
(٢) بداية المجتهد ١/٣٧١-٣٧٢.
(٣) بداية المجتهد ١/٣٧٧.
(٤) نصّ على ذلك السّبكي في أشباهه ٢/٢٥٤، ومقدّمة تحقيقه ١/د.
(٥) الأمّ للإمام الشّافعي ١/١٧٣.

وقال أيضاً: «أَوَلاَ تَرى أنّا نفسد صلاة الإمام ونُتِمُّ صلاة مَن خلفه، ونفسد صلاة من خلفه ونتم صلاته؟ وإذا لم تفسد صلاة المأموم بفساد صلاة الإمام كانت نية الإمام إذا خالفت نية المأموم أولى أن لا تفسد عليه»[1].

وقال أيضاً: كما لا يُجزِئ عنّي فعلُ إِمَامِي، فكذلك لا يُفْسِدُ عَلَيَّ فعلُ إِمَامِي[2].

قال في المحصول: «الثّالث: الصَّبِيّ إن لم يكن مُمَيِّزاً لا يمكنه الاحتراز عن الخلل، وإن كان مُمَيِّزاً عُلِمَ أنّه غير مكلّف فلا يحترز عن الكذب. فإن قلت: أليس يُقبل قولُه عن كونه متطهِّراً حتّى يجوز الاقتداء به في الصّلاة؟ قلت: ذلك لأنّ صحّة صلاة المأموم غير موقوفةٍ على صحّة صلاة الإمام»[3].

قال في تخريج الفروع على الأصول: «معتقد الشّافعي أنّ كلّ مُصلٍّ يصلّي لنفسه ولا شركة بين الإمام والمأموم، بل كلّ في صلاة نفسه أداءً وحكماً»[4].

وقال في المجموع: «الأصول المقررة مُتَّفِقَةٌ على أنّ الفساد لا يتعدى من صلاة الإمام»[5].

وقال في الإبهاج: «الأوّل التكليف؛ فإنّ غير المكلف لا يمنعه خشية الله تعالى. قيل يصح الاقتداء بالصبي اعتماداً على خبره بطهره؟

---

(١) الأمّ ١/١٧٣.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٣٩-٤٠.

(٣) المحصول للرّازي ٢/١/٥٦٤.

(٤) تخريج الفروع على الأصول للزّنجاني ١/١٠٢.

(٥) المجموع للنّووي ٤/١١٧.

قلنا لعدم توقف صحة صلاة المأموم على طهره»[١].

وجاء في الأشباه والنّظائر: «قال علماؤنا -يعني الشّافعية-: لا رابطة بين الإمام والمأموم وكلّ منهما يصلّي لنفسه؛ فلا يلزم من فساد صلاته فساد صلاة صاحبه، ولا من صحّته صحّتها، وإنّما صحّة كلّ منهما وفساده بفعله لا بفعل غيره»[٢].

ومِمَّن نسب الضّابط إلى أصول الشّافعية الإمام الحافظ ابن عبد البرّ؛ حيث قال: «وأمّا الشّافعي فيصحّ الاستدلال بهذا الحديث[٣] على أصله؛ في أنّ صلاة القوم عنده غير مرتبطة بصلاة إمامهم؛ لأنّ الإمام قد تَبطلُ صلاتُهُ، وتَصِحُّ صلاةُ مَنْ خَلْفَهُ، وقد تبطل صلاةُ المأموم وتَصِحُّ صلاةُ الإمام، بوجوهٍ أيضاً كثيرة؛ فلذلك لم تكن صلاتُهما مرتبطةً، ولذلك لم يضرَّهم عنده اختلافُ نِيَّاتِهم، ونيّته في صلاةٍ واحدةٍ؛ لأنّ كلاًّ يصلّي بنفسه، ولا يحتمل فرضاً عن صاحبه»[٤].

وجاء في العدّة: «ولا تصحّ الصّلاة خلف مَنْ صلاتُهُ فاسدةٌ؛ كالمحدث الذي يعلم حدث نفسه لفوات الشّرط؛ فإنْ جهل هو والمأموم حتّى قضوا الصّلاة صَحَّتْ صلاةُ المأموم وحده»[٥].

---

(١) الإبهاج لعليّ بن عبد الكافي السّبكيّ ٢/٣١١.
(٢) أشباه السّبكي ٢/٢٦٤.
(٣) يعني: حديث أبي بكرة السّابق تخريجه قريباً.
(٤) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ١/٣٢٧، والتّمهيد ٢/٣٢١، وانظر: الذّخيرة للقرافي ٢/٢٤٤، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٣/٣٢٧، و٣٧٠، والقواعد النّورانية ص ١٢١.
(٥) العدّة شرح العمدة لبهاء الدِّين المقدسيّ ١/٨٩.

وقال في المحلّى: ((وكلّ أحدٍ يُصلّي لنفسه، ولا يُبْطلُ صلاةَ المأموم إن صحّت بطلانُ صلاة الإمام، ولا تَصِحُّ صلاةُ المأموم إن بطلت بصحّةِ صلاة الإمام.

ومن تعدى هذا فهو مناقضٌ؛ لأنّهم لا يختلفون، نعني: الحنفيّين والمالكيّين في أنّ الإمام إن أحدث مغلوباً؛ فإنّ طهارته قد انتقضت. قال المالكيّون: وصلاته أيضاً قد بطلت.

ثم لا يختلفون أنّ صلاة مَن خلفه لم تنتقض ولا طهارتهم؛ فبطل أن تكون صلاةُ المأموم متعلقةً بصلاة الإمام، وأن تفسد بفسادها، وهم أصحاب قياس بزعمهم.

وهم لا يختلفون في أنّ صلاة المأموم إن فسدت؛ فإنّه لا يصلحها صلاحُ صلاة الإمام؛ فهلا طردوا أصلهم فقالوا: فكذلك إن صحّت صلاة المأموم لم يفسدها فساد صلاة الإمام؟! فلو صحّ قياس يوماً لكان هذا أصحّ قياس في الأرض))(١).

معنَى الضّابط الإجمالي:

أنّ كلّ مصلٍّ يصلّي لنفسه ولا شركة بين الإمام والمأموم؛ بل كلٌّ في صلاة نفسه أداءً وحكماً؛ يحرم لنفسه، ويصلّي لنفسه، ولا يحمل فرضاً عن صاحبه، وإنّما معنَى قدوة الإمام؛ المتابعة في أفعاله الظاهرة؛ ليكون أحوط في إبعاد الصّلاة عن السّهو والغفلة، ولا يتغير من أحكام الصّلاة شيء إلا ما يرجع إلى المتابعة؛ فإنّه التزم بنية الإقتداء متابعة الإمام فلو أراد التّقدّم أو التّخلّف لم يَجز؛ لأنّه يُخالف الوفاء بِما التزم، وفائدة الائتمام

---

(١) المحلّى لابن حزم ٣/١٣٢.

في تكثير الثّواب بالجماعة[١].

وممَّا يوضِّح معنَى هذا الضّابط ما جاء في الأشباه والنّظائر؛ حيث قال: «ولا نعني بانتفاء الرّابطة انتفاءَ العلاقة رأساً؛ فإنّ بينهما علاقةً بلا شكٍّ، وإنّما نعني بالرّابطة أنّه لا يلزم من فساد واحدة، أو كونها مؤدَّاةً؛ فسادُ الأخرى، ولا كونها مؤدَّاةً؛ بل قد تكون صحيحةً أو مقضيةً»[٢].

وفي موضعٍ آخر: «ولا نُنْكر أنّ بينه -أي: المأموم- وبين الإمام علاقةً لكنّها لا تنتهي إلى الْحدّ الذي قالوه»[٣]. يعني: مَنْ ذهب إلى فساد صلاة المأموم بفساد صلاة الإمام كما سيأتي تفصيل ذلك قريباً -إن شاء الله- في فقرة موقف المذاهب الفقهيّة.

وفي فتح الباري ما يوضّح محلّ النّزاع: «ومحلّ الخلاف في الأمور الاجتهادية؛ كَمَنْ يُصَلّي خَلْف مَنْ لا يرى قراءة البسملة، ولا أنّها من أركان القراءة، ولا أنّها آيةٌ من الفاتحة، بل يرى أنّ الفاتحة تجزئ بدونها، قال: فإنّ صلاة المأموم تصحّ إذا قرأ هو البسملة؛ لأنّ غاية حال الإمام في هذه الحالة أن يكون أخطأ. وقد دلّ الحديث على أنّ خطأ الإمام لا يؤثّر في صحّة صلاة المأموم إذا أصاب»[٤].

أدلّة الضّابط:

استدلّ القائلون به بأدلّةٍ منها:

---

(١) انظر: التّمهيد لابن عبد البر ٣٢١/٢، والاستذكار ٣٢٧/١، وتخريج الفروع على الأصول ١٠٢/١، والمغني ٥٠٧/٢، والقواعد النّورانية لابن تيمية ص ١٢١، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٧٠/٢٣، والمحلّى ١٣٢/٣.

(٢) أشباه السّبكي ٢٦٤/٢.

(٣) أشباه السّبكي ٢٦٦/٢.

(٤) فتح الباري لابن حجر ٢٢٠/٢، نقلاً عن البغوي في شرح السّنّة.

١-حديث أبي هريرة ﷺ أنّ رسول الله ﷺ قال: «يَصَلُّون لكم، فإنْ أصَابوا فَلَكُمْ، وإنْ أَخْطؤوا فَلَكُم وعَلَيهم»[١].

وجه الاستدلال منه: حيث دلّ الحديث على أنّ صلاة المأموم غير مرتبطة بجميع الوجوه مع صلاة إمامه؛ فقوله: «فإنْ أصابُوا فلكم»، أي: فلكم ثواب صلاتكم، وقوله: «وإنْ أخطأوا فلكم وعليهم»، أي: لكم ثواب صلاتكم وعليهم إثم خطئهم؛ فهذا نصٌّ صريحٌ في تفريق بين صلاتَي الإمام والمأموم في بعض الوجوه.

قال في فتح الباري: «هذا الحديث يردّ على مَنْ زَعَم أنّ صلاة الإمام إذا فسدت، فسدت صلاة مَنْ خَلْفَه»[٢].

وفيه أيضاً: «فيه دليلٌ على أنّه إذا صلّى بقوم مُحْدِثاً أنّه تصحّ صلاة المأمومين وعليه الإعادة، واستدلّ به غيره على أعمّ من ذلك؛ وهو صحّة الائتمام بِمَنْ يَخلّ بشيءٍ من الصّلاة ركناً كان أو غيره إذا أَتَمَّ المأموم. وهو عند الشّافعية بشرط أن يكون الإمام هو الخليفة أو نائبه، والأصحّ عندهم صحّة الاقتداء بمَنْ علم أنّه ترك واجباً. ومنهم مَنِ استدل به على الجواز مطلقاً بناءً على أنّ المراد بالخطأ ما يقابل العمد. ومحلّ الخلاف في الأمور الاجتهادية؛ كَمَنْ يُصَلِّي خَلْف مَنْ لا يرى قراءة البسملة، ولا أنّها من أركان القراءة، ولا أنّها آيةٌ من الفاتحة،بل يرى أنّ الفاتحة تجزئ بدونها،قال:فإنّ صلاة المأموم تصحّ إذا قرأ هو البسملة؛ لأنّ غاية حال الإمام في هذه الحالة أن يكون أخطأ. وقد دلّ الحديث على أنّ خطأ

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٢/٢١٩،كتاب الأذان، باب إذا لَمْ يُتِمَّ الإمامُ وأَتَمَّ مَنْ خَلْفَهُ، برقم: (٦٧٦).

(٢) فتح الباري لابن حجر ٢/٢٢٠، ناقلاً عن ابن المنذر.

الإمام لا يؤثِّر في صحّة صلاة المأموم إذا أصاب»[١].

قال في القواعد النّورانية بعد ذكر الحديث: «فهذا نصٌّ في أنّ الإمام إذا أخطأ كان درك خطئه عليه لا على المأمومين. فَمَنْ صلَّى مُعْتقداً لطهارته -وكان مُحْدِثاً أو جُنُباً-، أو كانت عليه نجاسةٌ، وقلنا: عليه الإعادة للنّجاسة؛ كما يعيد مِنَ الحدث؛ فهذا الإمام مُخْطِئٌ في هذا الاعتقاد؛ فيكون خطؤه عليه فيعيد صلاته. أمّا المأمومون فلهم هذه الصّلاة وليس عليهم مِنْ خطئه شيءٌ، كما صرّح به رسول الله ﷺ، وهذا نصٌّ في إجزاء صلاتهم».

ثم قال: «وكذلك لو ترك الإمام بعض فرائض الصّلاة بتأويلٍ أخطأ فيه عند المأموم؛ مثل أَنْ يَمَسَّ ذكره ويصلِّي، أو يحتجم ويصَلِّي، أو يترك قراءة البسملة، أو يصلِّي وعليه نجاسة لا يُعْفَى عنها عند المأموم ونحو ذلك؛ فهذا الإمام أسوأ أحواله أن يكون مُخْطئاً إن لم يكن مُصيباً، فتكون هذه الصّلاة للمأموم وليس عليه مِن خطأ إمام شيءٌ»[٢].

والمراد بالخطأ في الحديث غير الخطأ المقابل للعمد؛ لأنّه لا إثم عليه. وأمّا إِنْ تعمَّد لم يكن كذلك؛ لاتّفاق المسلمين على أنّ مَنْ يَتْرُكُ الأركان المتّفق عليها لا ينبغي الصّلاة خَلْفَه[٣].

٢-حديث: «الإمام ضامنٌ؛ فإذا أحسن فله ولهم، وإِنْ أساء فعليه ولا عليهم»[٤].

---

(١) فتح الباري ٢/٢٢٠، ناقلاً عن البغوي في شرح السّنّة.

(٢) القواعد النّورانية لابن تيمية ص ١٢٢-١٢٣.

(٣) انظر: التّمهيد٢/٣١٩-٣٢٣، والقواعد النّورانية ص١٢٣، وفتح الباري٢/٢٢٠.

(٤) من حديث سعل بن سعد السّاعدي -رضي الله عنه-. أخرج ابن ماجه في سننه =

٣-وحديث: «مَنْ أَمَّ النّاسَ فأصابَ فالصّلاة له ولَهُمْ، ومَنِ انْتَقَصَ مِنْ ذلك شيئاً، فَعَلَيْه، ولا عَلَيْهم»[١].

وجه الاستدلال بهما: حيث إنَّ الحديثين في معنَى الحديث الأوّل.

٤-أثر عمر بن الخطاب ﷺ أنّه صَلَّى بالنّاس الصُّبْحَ ثم غدا إلى أرضه بالْجُرُف، فوجد في ثوبه احتلاماً، فقال: إنّا لَمّا أَصبْنَا الوَدَكَ[٢] لانَتِ العُرُوقُ، فاغْتَسَلَ، وغَسَلَ الاحْتِلامَ مِنْ ثوبِهِ، وعَادَ لِصَلاتِه[٣].

وجه الاستدلال منه: حيث إنّ إعادة عمر ﷺ صلاته وحدَه دون الذين صلُّوا خَلْفَهُ دليلٌ على معنَى الضّابط[٤].

قال في الاستذكار: «وهذا في جماعتهم مِنْ غَيْرِ نَكيرٍ مِنْ واحدٍ منهم، وقد رُوِيَ عنه أنّه أفْتَى بذلك»[٥]، يعنِي: يعيد ولا يعيدون.

=

١/٣١٤، كتاب إقامة الصّلاة، باب ما يَجب على الإمام، برقم: (٩٨١)، وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود (٤٨٦)، وصحيح ابن ماجه (٨٠١)، والجامع الصّغير (٤٥٥٢، ٤٥٥٣)، ومشكاة المصابيح (٦٦٣)، وصحيح التّرغيب (٢٣٧، ٢٣٩)، والسّلسلة الصّحيحة (١٧٦٧).

(١) من حديث عُقْبَة بن عامرٍ الْجُهَنِي رضي الله عنه. أخرجه ابن ماجه في سننه ١/٣١٥، الموضع السّابق، برقم: (٩٨٣). وصحّحه الألباني في صحيح أبي داود برقم: (٥٤١)، وصحيح ابن ماجه برقم: (٨٠٢)، والجامع الصّغير (١١٠٤٦)، وصحيح التّرغيب برقم: (٤٨٢).

(٢) الوَدَك؛ هو: دَسَمُ اللَّحْمِ ودُهْنُهُ الذي يُسْتَرَجُ منه. انظر: النّهاية غريب الحديث ٥/١٦٩.

(٣) أخرجه الإمام مالك في موطّئه ١/٤٩، كتاب الطّهارة، باب إعادة الجنب الصّلاة... برقم: (٨٠-٨٢)، والدّارقطني في سننه ١/٣٦٤، والبيهقي في سننه ٣/٣٩٩.

(٤) انظر: الاستذكار ١/٣٣٣، والعدّة ١/٨٩.

(٥) الاستذكار للحافظ ابن عبد البر ١/٣٣٣. وفي التّمهيد ٢/٣٢١-٣٢٢.

٥-أثر عثمان بن عفّان ﷺ ؛أنّه صلّى بالنّاس وهو جُنُبٌ،فلَمَّا أصْبَحَ نظر في ثوبه احتلاماً؛ فقال: كَبِرْتُ والله، ألا أراني أجنبُ ثم لاأعلم، ثم أعاد، ولم يأمرهم أن يعيدوا[١].

٦-أثر عليّ ﷺ أنّه قال: ((إذا صلَّى الْجُنُبُ بالقوم فأَتَمَّ بهمُ الصّلاةَ، آمره أن يغتسلَ ويعيدَ، ولا آمرهم أن يعيدوا))[٢].

٧-فهذه الآثار كلّها تدلّ على أنّ فساد صلاة الإمام لا يلزم منه فساد صلاة المأمومين.

٨-قالوا: إنّ النّاس إنّما كُلِّفوا في غيرهم الأغلبَ مِمّا يظهر لهم، ولم يُكَلَّفوا عِلْمَ ما غاب عنهم[٣].

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

لم يكن هذا الضّابط محلّ الاتّفاق بين المذاهب الفقهية، بل اختلفوا فيه على ثلاثة مذاهب، وذكرها على النّحو التّالي:

المذهب الأوّل: مذهب القائلين بالضّابط، يعني: أنّ صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة الإمام، وأنّ صلاة المأموم لا تفسد بفساد صلاة الإمام. وهو مذهبً الشّافعية، والظّاهرية. وقد تقدّم توثيقه وأدلته عندهم[٤]، وقد يُخَرَّج على نصّ الإمام أحمد في الضّحِك أنّه يفسد صلاةَ الإمام، ولا تَفْسُدُ صلاةُ المأمومين[٥].

---

(١) أخرجه الدّارقطني في سننه ١/٣٦٤-٣٦٥، والبيهقي في سننه ٢/٤٠٠. وذكره ابن البر في التّمهيد ٢/٣٢٢، والاستذكار ١/٣٣٣-٣٣٤.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفه ٢/٤٥. وانظر: التّمهيد ٢/٣٢٢.

(٣) انظر: التّمهيد ٢/٣١٩، و٣٢٣، والاستذكار ١/٣٣٤، والعدّة ١/٨٩.

(٤) انظر: المراجع السّابقة في فقرة توثيق الضّابط، وأدلّته.

(٥) انظر: المغني ٢/٥٠٦، و٥٠٧.

المذهب الثّاني: مذهب القائلين بعكس الضّابط، وهو أنّ صلاة المأموم مرتبطةٌ بصلاة الإمام، داخلةٌ فيها ومبنيّةٌ عليها مطلقاً، صحّةً وفساداً، أداءً وعملاً؛ حتّى إنّه يوجبون الإعادة على المأموم حيث وجبت على الإمام. وهو مذهب الحنفية[1].

وروايةٌ عند الحنابلة وعليها المذهب، اختارها الأكثرون وصحّحها المرداوي، بل جعلوا بطلان صلاة أحدهما بطلاناً لصلاة الآخر؛ لأنّ كلّيهما شرطٌ في انعقاد الجماعة؛ فإذا بطلت صلاةُ أحدهما بطلت صلاة الآخر[2].

قال في البحر الرّائق: «إذا فسدت صلاة الإمام فسدت صلاة المأموم»[3].

وقال في الحاشية: «الأصل أنّ صلاة المأموم تفسد بفساد صلاة الإمام»[4].

وقال أيضاً: «بل التَّضمّن بمعنَى: أنّ صلاة الإمام متضمّنة لصلاة المأموم إلاّ لمانعٍ آخر، وإذا فسدت صلاته فسدت صلاة المقتدي؛ لأنّه متَى فسد الشّيء فسد ما في ضمنه»[5].

---

(١) انظر: البحر الرّائق ٦٢٠/١، و٦٤٠، وحاشية ابن عابدين ٣٤٠/٢، وحاشية الطّحطاوي على مراقي الفلاح ١٩٩/١، وتخريج الفروع على الأصول للزّنجاني ١٠٢/١، والمغني ٥٠٦/٢-٥٠٧، وعون المعبود ٢٧٢/١.

(٢) انظر: المغني ٥٠٧/٢، والقواعد النّورانية لابن تيمية ص ١٢١، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٣٧٠/٢٣، والفروع لابن مفلح ٣٥٣/١، و٤٦٣، والنّكت والفوائد السّنية على مشكل المحرر ٩٨/١، والإنصاف للمرداوي ٣٠/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٧٢/١.

(٣) البحر الرّائق لابن عابدين ٦٢٠/١، و٦٤٠.

(٤) البحر الرّائق لابن عابدين ١٥٦/٢.

(٥) البحر الرّائق لابن عابدين ٣٤٠/٢.

قال في المغنِي: إنْ فُقِدَ شرطُ صحةّ الصّلاة في حقّ الإمام، تبطل صلاة المأموم[١].

وقال فيه أيضاً: ((فصل إذا وُجِدَ المبطل في المأموم دون الإمام مثل أن يكون المأموم محدثاً أو نجساً ولم يعلم بذلك إلا بعد فراغه من الصّلاة، أو سبقه الحدث في أثناء الصّلاة أو ضحك أو تكلم أو ترك ركناً أو غير ذلك من المبطلات ولم يكن مع الإمام مَن تنعقد به الصّلاة سواه.

فقياس المذهب أنّ حكمه كحكم الإمام معه على ما فصّلناه؛لأنّ ارتباط صلاة الإمام بالمأموم كارتباط صلاة المأموم بالإمام؛فما فسد ثَمَّ فسد ههنا،وما صحَّ ثَمَّ صحَّ ههنا))[٢].

وقال في الفروع: ((وتبطل صلاة المأموم ببطلان صلاة إمامه لعذرٍ أو غيره، واختاره الأكثرون))[٣]، وقال المرداوي: هو الصّحيح من المذهب وعليه الجمهور.

وقال في الإنصاف: ((إذا بطلت صلاة الإمام ففي بطلان صلاة المأموم روايتان))[٤].

من أدلّة هذا القول:

١-حديث: ((الإمامُ ضامنٌ، والْمؤذِنُ مُؤْتَمَنٌ))[٥].

---

(١) انظر: المغنِي لموفّق الدّين ابن قدامة ٥٠٧/٢.

(٢) المغنِي لموفّق الدّين ابن قدّامة ٥١١/٢.

(٣) الفروع لابن مفلح المقدسيّ ٣٥٣/١، وانظر: الإنصاف ٣٠/٢، و٣٢-٣٣.

(٤) الإنصاف للمرداوي ١٦٠/٢.

(٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الصّلاة، باب (٣٢) ما يجب على المؤذّن من تعاهد الوقت، برقم: (٥١٧)، والتّرمذي في سننه =

وجه الاستدلال: حيث دلّ الحديث على أنّ الإمام ضامنٌ؛ بمعنَى أنّه يحفظ الصّلاة وعدد الرّكعات على القوم، وليس الضّمان الذي يوجب الغرامة(١).

قال في النّهاية في غريب الحديث: «وقيل: إنّ صلاةَ الْمُقْتَدين به في عُهْدَتِه، وصِحَّتُهَا مَقرونَةٌ بصحّة صلاته؛ فهو كالْمُتَكَفِّل لَهُم صحَّةَ صلاتهم»(٢).

أجيب عن استدلالهم بالحديث بأنّه: لا حجَّة لهم فيه؛ إذ لا يلزم من كونه ضامناً أن تفسد صلاة المأموم بفساد صلاته،ولاسيما قد فُسِّر الضّمان بخلاف هذا، كما في الحديث السّابق: «الإمامُ ضامنٌ فإذا أحسن فله ولهم، وإن أساء فعليه ولا عليهم»(٣).

المذهب الثّالث: التّفصيل وهو أنّ صلاة المأموم مرتبطةٌ بصلاة الإمام ومبنيّةٌ عليها في وجهٍ دون وجه، فهي مبنيّةٌ عليها فيما يعذران فيه دون ما لا يعذران فيه. وهو مذهب المالكيّة، وقولٌ للشّافعية وروايةٌ عند الحنابلة(٤).

=

(٤٠٢/١)، الأذان؛ أبواب الصّلاة، باب (٣٩) ما جاء أنّ الإمام ضامن، برقم: (٢٧)، وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (٤٨٦)، وصحيح ابن ماجه برقم: (٨٠١)، وإرواء الغليل برقم: (٢١٧)، والجامع الصّغير برقم: (٤٥٥٢، ٤٥٥٣)، ومشكاة المصابيح برقم: (٦٦٣)، وصحيح التّرغيب برقم: (٢٣٧، ٢٣٩).

(١) انظر: معالم السّنن ٣٥٦/١، والنّهاية في غريب الحديث ١٠٢/٣.

(٢) النّهاية لابن الأثير ١٠٢/٣.

(٣) تقدم تخريجه قريباً. وانظر: أشباه السّبكي ٢٦٤/٢.

(٤) انظر: الاستذكار ٣٢٦/١-٣٢٧، و٣٣٤، والتّمهيد ٣٢٢/٢، و٣٢٧، وقواعد المقرّي ٤٤٦/٢، و٤٤٩-٤٥٠، والتّاج والإكليل ٤١٩/٢، ومواهب الجليل

=

قال في الاستذكار: «فقال مالكٌ وأصحابه: إذا عرف الإمام بأنّه على غير طهارةٍ وتمادَى في صلاته عامداً، بطلتْ صلاةُ مَن خلفه؛ لأنّه أفسدها عليهم»[1].

قال في الذّخيرة: «قال أصحابنا: كلّما بطلت صلاة الإمام بطلت صلاة المأموم إلاّ في نسيان الحدث وسبقه»[2].

قال في مواهب الجليل: «الثّالث قول مالكٍ: إنّ صلاة المأموم مرتبطةٌ بصلاة الإمام إلاّ في سهو الطّهارة»[3].

قال في مختصر المزني: «القياس أنّ كلّ مصلّ خلف جنبٍ وامرأةٍ ومجنونٍ وكافرٍ يجزئه صلاته إذا لم يعلم بحالهم؛ لأنّ كلّ مصلٍّ لنفسه لا نفسد عليه صلاته بفسادها على غيره»[4]؛ فقوله: «إذا لم يعلم بحالهم» يعنِي: إنْ علم بحالهم لا تجزؤه صلاته.

قال في شرح العمدة: «لأنّ صلاة المأمومين مرتبطةٌ بصلاته، وهو أحد المصلّين ومتقدّمهم»[5].

=

٤١٧/٢، و٤١٨، و٤١٩، و٤٨١، ومختصر المزنِي ص ٤٠، وأشباه السّبكي ٢٦٤/١، والعدّة ٨٩/١، والقواعد النّورانية ص ١٢٢، وشرح العمدة لابن تيمية ٣١٥/٤، والإنصاف للمرداوي ٣٠/٢، و٣١، و٣٣، و١٣٤، و١٦٠، و٢٥٠، و٢٦٧، و٢٦٨، و٢٧٠، و٢٧٩، وشرح منتهى الإرادات ٥٧٢/١.

(١) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٣٣٤/١، والتّمهيد ٣٢٢/٢.

(٢) الذّخيرة للقرافيّ ٣٩٠/٢.

(٣) مواهب الجليل للحطّاب ٤١٧/٢، و٤٨١.

(٤) مختصر المزنِي ص ٤٠.

(٥) شرح العمدة لابن تيمية ٣١٥/٤.

وقال في مجموع الفتاوى: «لأنّ صلاة المأموم مقدَّرةٌ بصلاة الإمام»[١].

قال في الآداب الشّرعية: «والصّواب الفرق بين ما يسوغ فيه الاجتهاد؛فإنّ بناء صلاة المأموم على صلاة الإمام كبناء ملك المشتري على ملك البائع»[٢].

وقال في الإنصاف: «فإن جهل هو والمأموم حتّى قضوا الصّلاة صحّت صلاة المأموم وحده»[٣].

أدلّة هذا المذهب:

يستدلّ له بجميع الأدلّة السّابق ذكرها عند الفريقين السّابقين؛ حيث إنّهم جمعوا بينها كلّها وعملوا بها، وهو الأَوْلَى من التّرجيح. والله أعلم.

يتلخّص ممَّا تقدّم:

١-أنّ هذا الضّابط مذهبِي، وهو عند الشّافعية والظّاهرية.

٢-وأنّ أوسط المذاهب المذهب القائل بالتّفصيل والتّفريق بين ما يعذران فيه وما لا يعذران، وأنّ الارتباط بين صلاتَي الإمام والمأموم في وجهٍ دون وجه، وبه تجتمع الآثار. ولأنّ معنَى الجماعة الشرعي ربط صلاة المأموم بصلاة الإمام، ولفظها يصلح لكلٍّ من الإمام والمأموم ويتعيّن لأحدهما بالقرينة[٤].

وبهذا؛ فإنّ هذا المذهب القائل بالتّفصيل هو الذي يترجّح في نظري،

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٣/٣٣٧.

(٢) الآداب الشّرعيّة لابن مفلح المقدسي ٣/٢٩٦.

(٣) الإنصاف للمرداوي ٢/٢٦٧.

(٤) انظر: نهاية الزّين للجاوي ص ١١٦.

والعلم عند الله، وعليه يجتمع الحديث وما أثر عن الصّحابة في هذه المسألة، وهو أوسط الأقوال[١].

من تطبيقات الضّابط:

١-أنّه لا يضرّ اختلاف نيّة المأموم لنية إمامه؛ لأنّ كلاً يُحْرِمُ لنفسه، ويصلّي لنفسه؛ ولا يحمل فرضاً عن صاحبه[٢].

٢-صحّة صلاة المأموم خلف إمامٍ جنبٍ وغير متوضّئ؛ إذا لم يعلم إلاّ بعد الصّلاة؛ فإذا صلّى قومٌ خَلْفَ إمامٍ ناسٍ لجنابته؛ فإنّه لا إعادة عليهم، وإنّما الإعادة على الإمام وحده، إذا علم اغتسل وصلّى كلّ صلاةٍ صلاها وهو على غير طهارة[٣].

٣-وكذا لو علم الإمام وتمادى في صلاته ذاكراً لجنابته، أو ذاكراً أنّه على غير وضوء، أو مبتدئاً لصلاته؛ فإنّ صلاة القوم جائزةٌ تامّةٌ، ولا إعادة عليهم؛ لأنّهم لم يُكَلَّفوا علم ما غاب عنهم، وقد صلُّوا خلف رجلٍ مسلمٍ في علمهم، ولا فرق بين عمد الإمام ونسيانه في ذلك[٤].

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٢٣/٣٧٠، والقواعد النّورانية ص ١٢١.

(٢) انظر: التّمهيد ٢/٣٢١، والاستذكار ١/٣٢٧.

(٣) خلافاً للحنفية. انظر: البحر الرّائق ١/٦٢، و٦٤٠، والتّمهيد ٢/٣١٩، و٣٢٠-٣٢٣، الاستذكار ١/٣٣٣، وبداية المجتهد ١/٣٧٧، ومواهب الجليل ٢/٤٨١، والمجموع ٤/١١١، وتخريج الفروع على الأصول للزّنجاني ص ١٠٤.

(٤) هذا قول جمهور فقهاء الأمصار، وأهل الحديث، وإليه ذهب ابن نافع من المالكية. وذهب المالكية وأحمد في رواية الأثرم إلى بطلان صلاة الإمام والقوم معاً؛ لأنّه أفسد عليهم. انظر: الاستذكار ١/٣٢٦، و٣٣٤-٣٣٥، والتّمهيد ٢/٣٢٢-٣٢٣، والمراجع السّابقة.

أمّا لو علموا أنّ إمامهم على غير طهارةٍ، فتمادَوا خلفه؛ فإنّه تفسد صلاقم؛ فيكونون حينئذٍ المفسدين على أنفسهم، ولا يكون هو الـــذي أفسد عليهم بما لا يظهر من حاله إليهم. وفي كلا الحالين، فالإمام آثم في عمد تماديه مع العلم[1]. والله تعالى أعلم.

٤- لا يجب على المأموم تعيين الإمام في نيّته، بل يكفيه نية الاقتداء بالإمام الحاضر، أو إمام هذه الجماعة[2].

٥- مَن نسي من المأمومين تكبيرة الإحرام فلم يذكرها حتَّى صـــلّى، ولا كبَّر للرّكوع تكبيرةً ينوي بها الإحرام فلا صلاة له[3].

٦- أنّ ما يدركه المسبوق مع إمامه أوّل صلاته، وما يتداركه آخرها[4].

٧- أنّ القدوة لا تُسقِط ركناً من أركان الصّلاة؛ كتكبيرة الإحرام، ولا قراءة فاتحة الكتاب عن المأموم، فإذا ترك المأموم شيئاً منها فلاصلاة له[5].

٨- إذا صلّى القارئ خلف أمّيٍ بطلت صلاة المأموم وصحّت صلاة الإمام[6].

٩- صحّة صلاة النّفل خلف الفرض والفرض خلف النّفل، وصحّة صلاة فريضةٍ خلف فريضةٍ أخرى[7].

---

(١) انظر: التّمهيد ٢/٣٢٣.

(٢) انظر: المجموع ٤/٧٠.

(٣) انظر: الاستذكار ١/٤٦٧.

(٤) انظر: المهذّب ١/٣٠٨، والمجموع ٤/٨٤.

(٥) انظر: الاستذكار ١/٤٦٨، وتخريج الفروع على الأصول للزّنجانِي ص ١٠٣.

(٦) المجموع ٤/١١٧.

(٧) انظر: التّمهيد ٢/٣٢١، والمهذب ١/٣١٨، والمجموع ٤/١١٨، وتخريج الفـــروع على الأصول للزّنجانِي ص ١٠٤.

١٠-أنّه قد تبطل صلاة الإمام وتصحّ صلاةُ مَنْ خَلْفَهُ، وقد تبطل صلاة المأموم وتصحّ صلاة الإمام[١].

١١-أنّ المرأة إذا وقفت بجنب الإمام انعقدت صلاته وصلاتها[٢].

ممّا قد يعترض به على الشّافعية في هذا الضّابط:

١-منعهم اقتداء القارئ بالأمي[٣].

٢-منعهم اقتداء الرّجل بالمرأة[٤].

٣-إبطالهم صلاة المؤتم بِمَن لا صلاة له؛ كالكافر والمحدث[٥].

٤-إبطالهم صلاة مَن سبقت تحريمته تحريمة إمامه[٦].

---

(١) انظر: الاستذكار ٣٢٧/١، والتّمهيد ٣٢١/٢، والمغني ٥٠٤/٢.

(٢) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزّنجاني ص ١٠٤.

(٣) انظر: المهذّب ٣١٧/١، والمجموع ١١٧/٤.

(٤) انظر المهذّب ٣١٥/١، والمجموع ١٠٧/٤.

(٥) انظر: المهذّب ٣١٥/١-٣١٦، والمجموع ١٠٨/٤.

(٦) انظر: الاستذكار ٣٢٦/١-٣٢٧، والتّمهيد ٣٢١/٢، والمهذّب ٣٠٦/١، و٣١٠، والمجموع ٧٥/٤، و٩٢، والمغني ٥٠٤/٢.

المبحث الثّالث: الضّابط الرّابع والعشرون [٢٤]

[لا زكاة في مالٍ حتّى يحولَ عليه الحولُ]

ذكر ابن رشد هذا الضّابط في الجملة الرّابعة في وقت الزّكاة؛ حيث قال: «وأمّا وقت الزّكاة؛ فإنّ جمهور الفقهاء يشترطون في وجوب الزّكاة في الذّهب، والفضّة والماشية الْحولَ؛ لثبوت ذلك عن الخلفاء الأربعة، ولانتشاره في الصّحابة -رضي الله عنهم-، ولانتشار العمل به، ولاعتقادهم أنّ مثل هذا الانتشار من غير خلافٍ لا يجوز أن يكون إلاّ عن توقيتٍ، وقد روي مرفوعاً[1] من حديث ابن عمر عن النّبي ﷺ أنّه

---

(١) حديث ابن عمر روي مرفوعاً إلى النّبيّ ﷺ، وموقوفاً على ابن عمر. وصحّ وقفاً.
أمّا المرفوع؛ فأخرجه التّرمذي في سننه ٣/٢٥-٢٦، كتاب الزكاة، برقم: (٦٣١)، والدّارقطني في سننه ٢/٩٠، رقم:(١، ٢)، والبيهقي في السّنن الكبرى(٤/١٠٤)، من طريق عبد الرّحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ قال: «مَن استفاد مالاً فلا زكاةَ عليه حتّى يحول عليه الْحولُ».
ولفظ الدّارقطني: «ليس في مال المستفيد زكاةٌ حتّى يحول عليه الْحول».
والحديث ضعيف؛ لأنّ عبد الرّحمن بن زيد بن أسلم ضعيفٌ في الحديث، كثير الغلط؛ ضعّفه الإمام أحمد بن حنبل، وعليّ بن المديني، وغيرهما من أهل الحديث.
انظر: سنن التّرمذي ٣/٢٦.
وضعّفه الألباني في:إرواء الغليل ٣/٢٥٤، والجامع الصّغير برقم: (١٣١٨٣).
وأمّا الْموقوفَ؛ فأخرجه الإمام مالك في الموطّأ ١/٢٤٦، كتاب الزّكاة، برقم: (٦)، والتّرمذي في الموضع السّابق برقم: (٦٣٢)، موقوفاً على ابن عمر بلفظٍ: «مَن استفاد مالاً، فلا زكاةَ فيه حتّى يَحولَ عليه الْحولُ عند ربِّه».
قال أبو عيسى التّرمذي في سننه ٢/٢٦: «وهذا أصحّ من حديث عبد الرّحمن بن زيد =

قال: لا زكاةَ في مالٍ حتَّى يحولَ عليه الْحولُ»[١].

توثيق الضّابط:

روي عن غير واحد[٢] من أصحاب النَّبيِّ ﷺ ألاَّ زكاة في المال المستفاد حتّى يحول عليه الْحول، وعليه جماعة الفقهاء قديماً وحديثاً لا يختلفون فيه.

كما ورد ذكر الضّابط بلفظه[٣]، والإشارة إلى مفاده[٤] في كتب الفقه منها:

=

بن أسلم. وروى أيوبُ وعبيدُ الله بن عمر وغير واحد عن نافعٍ عن ابن عمر موقوفاً».

وقال النّووي في المجموع ٥/٢٣٤: «...وإنّما لم يَحتجّ المصنّف -الشّيرازي- بالحديث؛ لأنّه حديثٌ ضعيفٌ، فاقتصر على الآثار المفسِّرة. قال البيهقي: الاعتماد في اشتراط الحول على الآثار الصّحيحة فيه عن أبي بكرٍ الصّدِّيق وعثمان وابن عمر وغيرهم رضي الله عنهم».

وفي الباب من حديث: عليّ، وعائشة.

انظر: سنن أبي داود٢/٢٣٠، برقم:(١٥٧٣)، وسنن ابن ماجه١/٥٧١، برقم: (١٧٩٢)،ومشكاة المصابيح برقم:(١٧٨٧)،وبداية المجتهد٢/١٠٩،هامش(١).

(١) بداية المجتهد ٢/١٠٩-١١٠، و١١٣.

(٢) منهم: أبو بكرٍ الصّدِّيق، وعمر، وعثمان، وعليّ، وابن عمر،وابن مسعود،وعمر بن عبد العزيز وغيرهم رضي الله عنهم.

انظر: الموطّأ ١/٢٤٥-٢٤٦، وسنن التّرمذي ٣/٢٦، والمعونة ١/٣٦١، والتّمهيد ٧/٢٨-٢٩، والاستذكار٣/١٥-١٧، و٢١-٢٣،و٤٤،و٤٦، والمغني٤/٧٧.

(٣) انظر: التّمهيد ٧/٢٨-٢٩، والاستذكار ٣/١٤-١٥، و٢٢-٢٣، ومختصر المزني ص ٦٤، والمهذّب ١/٤٦٨، والمجموع ٥/٢٣٤، ومختصر الخرقي ٤/٧٣، والمغني ٧٣، و٧٧-٧٨، وشرح منتهى الإرادات ٢/١٨٤.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٥١، وبدائع الصّنائع ٢/٩٥-٩٦، وعقد الجواهر ١/٢٠٣،

ما جاء في التّمهيد: ((وأمّا زكاة الإبل والبقر والغنم،فتجب أيضاً بتمام استكمال الحول والنّصاب، وعلى هذا جماعة العلماء)). ثم قال: ((وأمّا الذّهب والورق، فلا تجب الزّكاة في شيءٍ منها إلاّ بعد تَمام الحول أيضاً.وعلى هذا جمهور العلماء،والخلاف فيه شذوذ))[١].

وفيه أيضاً: ((ليس عليه زكاة حتّى يحول عليه الحول)). و((ليس في المال زكاة حتّى يحول عليه الحول))[٢].

وجاء في الاستذكار: ((...وهي فائدةٌ لا زكاة على مستفيدها حتّى يحولَ الحول عليها)). ثم قال: ((وعليه جماعة الفقهاء قديماً وحديثاً؛ لا يختلفون فيه أنّه لا تَجب في مالٍ من العين ولا في ماشيةٍ زكاةٌ حتّى يَحُولَ عليه الحول))[٣].

جاء في مختصر كتاب الأم: ((لا تجب الزّكاة إلاّ بالحول))[٤].

وجاء فيه: ((وكلّ فائدةٍ من غير نِتاجها فهي لحولها))[٥].

شرح مفردات الضّابط:

الزّكاة، أصلها لغةً: النّموّ والزّيادة والطّهارة والبركة والمدح.

وشرعاً: هي اسمٌ لمالٍ مخصوصٍ يؤخذ من مالٍ مخصوصٍ في زمنٍ مخصوصٍ يصرف في جهاتٍ مخصوصةٍ بالنّية[٦].

---

(١) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٢٨/٧.

(٢) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٢٨/٧-٢٩.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ١٥/٣، و٢٢، و٢٣.

(٤) مختصر المزني للمزني ص ٦٤.

(٥) مختصر المزني ص ٦٦، ويعني: من غير نِتاج الغنم السّائمة.

(٦) انظر: المفردات ص ٢١٨، وطلبة الطّلبة ص ٩١، والنّهاية في غريب الحديث ٣٠٧/٢، =

الْحول، لغة: الحيلة، والقوّة، والسَّنة؛ حال الغلامُ، أي: أتى عليه الحولُ، وجمعه: أحوال.

وشرعاً: عامٌ كاملٌ، وهو اثنا عشر شهراً قمريّاً يَمُرُّ على العين[1]، وهو في ملك صاحبه فاضلاً عن حاجته، والعام القمري ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً[2].

معنَى الضّابط الإجمالي:

الضّابط في ظاهره يفيد أنّ الحول شرطٌ في وجوب زكاة الأموال الزّكاتية التي يشترط لها تمام أو مرور الحول وهي[3]:

=

والمصباح المنير ص ٩٧، والتّعريفات ص ١١٤، وأنيس الفقهاء ص ٤٦، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٣/٨٠، و٨١، وشرحي ابن ناجي وزروق ٣١٧/١، وسراج السّالك ١٧٣/١، ومنتهى الإرادات ١٢١/١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٠٨.

(١) العين، هي: الأموال النّامية؛ النّقدان، والمواشي.
انظر: التّلقين ص ١٤٩، والتّاج والإكليل ١٤٥/٣.

(٢) انظر: المفردات ص ١٤٣، مختار الصّحاح ص ١٦٣، والمصباح المنير ص ٦١، والمرجعين السّابقين، والفقه الميسّر ص ١٩٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٦٦.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٥٢-٥٨، بدائع الصّنائع ٩٥/٢-٩٦، ورسالة القيرواني ص ١٦٥-١٦٧، والمعونة ٤١٦/١-٤١٧، والتّلقين ص ١٤٩، و١٥٦-١٥٧، و١٦٤، والتّمهيد ٢٧/٧، والاستذكار ١٥/٣-٢٩، والمقدّمات ٢٧٨/١، وبداية المجتهد ١٠٩/٢، والقوانين الفقهيّة ص ٦٧-٧٥، ومواهب الجليل ١٤٥/٣، ومختصر المزني ص ٦٥-٦٧، و٦٧، واللّباب ص ١٦٥، والمهذّب ٤٦٤/١، فما بعدها، والمجموع٥/٢٣٤، ومختصر الخرقي والمغني٤/٧٣، ومنتهى الإرادات ١٢١/١، وشرح منتهى الإرادات ١٦٩/٢، والإرشاد في توضيح مسائل الزّاد ص٥، ومعالم السّنن للخطابي٢/٢٣٠.

١-السّائمة[١] من بهائم الأنعام: الإبل والبقر والغنم.
٢-الأثْمان: الذّهب والفضة.
٣-وقيم عروض[٢] التّجارة.

وتُسَمَّى بالأموال النّامية وإنّما يشترط لوجوب إخراج زكاتها حولان الحول؛لأنّها مرصد للنّماء،ونَماؤها لا يظهر إلاّ بمضيّ الحول عليها.

وأمّا الاثنتان الأخريان:
٤-الزّروع والثّمار.
٥-والْمَعْدِن.

فلا يراعى فيها الحول، وإنّما يُنْظَر إلى وقت إدراكها وحصادها؛ فيخرج الحقّ منها؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ۖ وَلَا تُسْرِفُوٓا۟ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ﴾[٣].

الفرق بين ما اعْتُبِر له الحول وما لم يعتبر له:

ويتلخّص أوجه الفرق بينهما فيما يأتي:

١-أنّ ما اعْتُبِر له الحول مُرْصَدٌ للنّماء؛ فالماشيةُ مُرْصَدَةٌ للدّرّ والنَّسْل، وعروض التّجارة مُرصَدةٌ للرّبح، وكذا الأثْمان؛ فاعْتُبِر له الحولُ؛ فإنّه مظنّة النّماء؛ ليكون إخراج الزّكاة من الرِّبْح؛ فإنّه أسهل وأيسر.

---

(١) السّائمة، أي: الرّاعية التي لا يكون لها مؤنة العلف، ويكون لها نماء الرّعيّ.
أو هي: الماشية المقتناة للنَّسل والسِّمن إذا كانت ترعى دون تكلفةٍ أكثر أيام السنة.
انظر:مختصر المزني ص ٧٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢١٢.

(٢) عروض التّجارة، هي: غير الأثْمان من المال ممّا أُعدَّ لبيعٍ وشراء لأجل ربحٍ.
انظر: التّلقين ص ١٥٣-١٥٤، والتّاج والإكليل ٣/١٨١، والمغني ٤/٢٤٩، والإرشاد في توضيح مسائل الزّاد ص ٢٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٨٠.

(٣) سورة الأنعام، الآية: ١٤١.

٢-لأنّ الزّكاة تتكرّر في هذه الأموال، فلا بدّ لها من ضابط؛ كيلا يُفْضِي إلى تعاقب الوُجوب في الزّمن الواحد مرَّات؛ فينفد مالُ المالك.

٣-أمّا الزّروع والثِّمَارُ، فهي نَماءٌ في نفسها، تؤخذ الزّكاة منها عند وجودها، ثم لا تجب فيها زكاةٌ ثانيةً؛ لعدم إرصادها للنّماء.

٤-والخارج من الْمَعْدِن خارجٌ مستفادٌ من الأرض، بمنْزلة الزّرع والثّمر، إلاّ أنّه إن كان من جنس الأثْمان ففيه الزّكاة عند كلّ حولٍ؛لأنّه مظنّة للنّماء من حيث إنّ الأثْمان قِيَم الأموال، ورأس مال التّجارات(١).

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

لم تختلف المذاهب الفقهية في استعمال هذا الضّابط في الجملة، وإن اختلفوا في بعض مسائل تتعلّق به؛ مثل: متَى ينقطع الحول، وحول الفوائد.

المسألة الأولى: متَى ينقطع الحول؟ وبعبارةٍ أخرى: أكمال النّصاب من أوّل الحول إلى آخره شرط وجوب الزّكاة أم لا؟

لا خلاف أنّ هلاك النّصاب في أثناء الحول يقطع حكم الحول، حتّى لو استفاد في ذلك الحول نصاباً جديداً استقبل له الحول؛ لأنّه لا زكاة في مال حتّى يحول عليه الحول، والهالك ما حال عليه الحول، ولا يتصوّر الضّمّ إليه فيستأنف له الحول(٢).

---

(١) انظر: الاستذكار ٢٦/٣، والمغنِي ٧٤/٤، وانظر: شرح منتهى الإرادات ١٨٤/٢، وتفسير السّعدي ص ٢٧٦.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٥١، وبدائع الصّنائع ٩٨/٢، و١٠٠، والاستذكار ٢٤/٣، وعقد الجواهر ٢٢٣/١، والتّاج والإكليل ٩٦/٣، ومختصر المزني ص ٧٥، والمهذّب ٤٦٧/١، و٤٦٩، والمجموع ٢٣٣/٥-٢٣٤، والمغنِي ٧٨/٤، وشرح =

أمّا هلاك بعض النّصاب أو نقصانه في وسط الحول، فهل يقطع الحول أم لا؟ اختلف فيه الفقهاء إلى:

المذهب الأوّل: ذهب الحنفية إلى أنّه لا يشترط كمال النّصاب من أوّل الحول إلى آخره، بل يعتبر وجوده في طرفي الْحول، يعنِي: في أوّله وآخره لا غير؛ لأنّ أوّل الحول وقت انعقاد السّبب، وآخره وقت ثبوت الحكم، فأمّا وسط الحول فليس بوقت انعقاد السّبب ولا وقت ثبوت الحكم، فلا معنَى لاعتبار كمال النّصاب فيه، إلاّ أنّه لا بدّ من بقاء شيءٍ من النّصاب الذي انعقد عليه الحول ليضمّ المستفاد إليه.فإذا هلك بعض النّصاب ثم استفاد ما يكمل به كمّله وتجب الزّكاة، سواء كان من السّوائم أو من الذّهب والفضّة، أو مال التّجارة[1].

المذهب الثّاني: ذهب الجمهور: المالكية والشّافعية الحنابلة وبعض الحنفية إلى أنّ كمال النّصاب من أوّل الحول إلى آخره شرط وجوب الزّكاة، فهلاك النّصاب يقطع حكم الحول مطلقاً، إلاّ في مال التّجارة؛ فإنّه يعتبر كمال النّصاب في آخر الحول ولا يعتبر في أوّل الحول ووسطه[2].

والذي يترجّح في نظري هو اشتراط كمال النّصاب من أوّل الحول

=

منتهى الإرادات ١٧٢/٢، و١٨٦، ومعالم السّنن ٢٣١/٢.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٩٨/٢-١٠٠، والهداية ١٠٥/١، وبداية المجتهد ٢٧٢/١، ومعالم السّنن ٢٣١/٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٩٩/٢-١٠٠، والرّسالة ص ١٦٦-١٦٧، والمعونة ٣٦٥/١، والاستذكار ٢٤/٣، وعقد الجواهر ٢٢٣/١، ومواهب الجليل ٨٢/٣، ومختصر المزني ص ٦٦، و٧٥، والمهذّب ٤٦٩/١، والمجموع ٢٣٣/٥-٢٣٤، والمغني ٧٨/٤، وشرح منتهى الإرادات ١٧٢/٢، و١٨٤، و١٨٦، ومعالم السّنن ٢٣١/٢.

إلى آخره؛ فإذا نقص في خلال الحول ولم يوجد كاملاً طوال الحول فلا تجب الزّكاة فيه. ويُسْتَثْنَى النّقص اليسير الذي لا يتشاحّ النّاس في مثله عادةً، والعلم عند الله وهو أعلم بالصّواب.

وذلك للإجماع على ذلك(١)، ولأنّه لا زكاة في مالٍ حتّى يحول عليه الحول، وذلك يقتضي مرور الحول على جميعه، ولأنّ ما اعْتُبِر في طرفي الحول اعْتُبِر في وسطه؛ كالملك والإسلام(٢).

المسألة الثّانية: الفوائد، وهي إمّا: الأرباح والنّتاج، وإمّا الأموال المستفادة(٣)، أيشترط لها حولٌ على حدةٍ أم تُضَمُّ إلى الأصل فتُزَكّى بحول الأصل؟

الكلام في الفوائد ممّا يعتبر فيه الحول من الأموال، لا تخلو من أحوالٍ؛ إمّا أن تكون بعد الحول، أو في خلال الحول.

---

(١) وقد حكى الإجماع الحافظ ابن عبد البرّ، وموفّق الدّين ابن قدامة.
انظر: التّمهيد ٢٨/٧-٢٩، والاستذكار ٦/٣، و١٠، وبداية المجتهد ١١٢/٢، والمغني ١١/٤، و١٣.

(٢) انظر: التّفريع ٢٧٣/١، والمعونة ٣٦٠/١، والتّمهيد ٢٨/٧-٢٩، والاستذكار ٦/٣، و١٠، ومختصر المزني ص ٧٥، والمهذّب ٤٦٩/١، والمجموع ٢٣٣/٥-٢٣٤، والمغني ٧٨/٤، وشرح منتهى الإرادات ١٧٢/٢، و١٨٤، و١٨٦ ومعالم السّنن ٢٠٨/٢-٢٠٩، و٢٣١، وسنن التّرمذي ١٩/٣.

(٣) المراد بالفائدة، هو: المال الذي لم يكن سببه ربح التّجارة ولا غلّتها. وهي قسمان:
١- ما تجدّدت عن غير المال؛ كعطية وإرث ودية وصداق قبضته من زوجتها.
٢- ما تجدّدت عن مالٍ غير مُزَكّى؛ كثمن شيءٍ مُقْتَنًى عنده من عرضٍ وعقارٍ وفاكهة وماشية مُقتَناة. انظر: الاستذكار ٢٢/٣، ومختصر خليل ص٦٠، والتّاج والإكليل ١٥٦/٣، والخلاصة الفقهية ص٢٢٩.

وإن كانت في الحول فلا يخلو أيضاً إمّا أن تكون من جنس الأصل، أو من خلاف جنسه. والحكم فيها كالتّالي:

أوّلاً: أمّا التي تكون بعد الحول؛ فإنّها لا تُضَمّ إلى الأصل في حق الحول الماضي، وإنّما يُضَمّ إليه في حقّ الحول الذي استفيد فيه[١].

ثانياً: التي تكون في الحول لكن من خلاف جنس الأصل؛ كالإبل مع البقر، والبقر مع الغنم؛ فإنّه لا يضمّ إلى نصاب الأصل أيضاً، بل يستقبل له الحول[٢].

ثالثاً: التي تكون في الحول، ومن جنس الأصل؛ متّصلاً به، حاصلاً بسببه، متفرّعاً عنه؛ كنَماء المال نفسه مثل: ربح أموال التّجارة، ونِتَاج الحيوان، فهذا يُضَمّ إلى الأصل ويُزَكّى بحول الأصل، فحوله حول أصله؛ لأنّه من نماء النّصاب وفوائده فلم ينفرد عنه بالحول، ولو تماوتت الأمات وبقيت الأولاد وهي نصاب لم ينقطع الحول فيها، فإذا تمّ حول الأمات وجبت الزّكاة فيها[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٩٦-٩٧، والاستذكار ٣/٢٠، وبداية المجتهد ٢/١١٢، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٣/١٥٤-١٥٦، والمهذّب ١/٤٦٩، و٤٧٢، والمجموع ٥/٢٤٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٩٦، ورسالة القيرواني ص ١٦٧-١٦٧، والمعونة ١/٣٦٧، و٣٩٢-٣٩٣، والتّلقين ص ١٥٢، والمهذّب ١/٤٦٩، و٤٧٢، والمجموع ٥/٢٤٢، والمغني ٤/٧٤-٧٥، و٧٧.

(٣) هذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، وقولٌ للشّافعية صحّحه بعضهم وجعله المذهب. ومذهب الشّافعية أنّه لا تُضَمُّ الأرباح والنّتَاج إلى أصولها؛ لأنّها ليست منها. وهو مروي عن عمر بن عبد العزيز.
انظر: مختصر القدوري ص ٥٣، وبدائع الصّنائع ٢/٩٦، والتّفريع ١/٣٧٤، =

رابعاً: التِي تكون في الحول، ومن جنس الأصل؛ لكن لم يكن متّصلاً به، ولا حاصلاً بسببه، ولا متفرّعاً عنه؛ كمشترَى، وموروث، وموهوب، وموصَى به؛ وصداقٍ وعوض الخلع، واستغلال أرضٍ ومسكنٍ، وإجارة عبدٍ ونجوم مكاتبٍ، وأرش جناية ودية، وما أشبه ذلك؛ فإنّه لا يُضَمّ إلى أصله في الحول، ولا زكاة عليه في شيءٍ من ذلك حتّى يُستَقْبَلَ به حولاً جديداً من يوم قبضه؛ لأنّه لا زكاة في مالٍ حتّى يحول عليه الحول، والمستفاد مالٌ لم يحل عليه الحول فلا زكاةَ فيه[1].

خلاصة القول:

يتلخّص مما تقدّم ما يلي:

- **مذهب الحنفية:** ضمّ الأرباح والنِّتَاج والفوائد إلى الأصل إذا اتّحد الجنس، فتُزَكَّى بحول الأصل، وإذا اختلف الجنس فلا تُضَمّ إلى الأصل، بل يستأنف لها الحول[2].

=

و٢٨٣-٢٨٤، والرّسالة ص ١٦٧، والمعونة ١/٣٦٦، و٣٩٧، والاستذكار ٣/٢١، و٢٣، وعقد الجواهر ١/٢٣٢، ومختصر المزني ص ٧٦-٧٧، والمهذّب ١/٤٧٠، والمجموع ٥/٢٤٢-٢٤٣، والمغني ٤/٧٤-٧٥، وشرح منتهى الإرادات ٢/١٨٥-١٨٦.

(١) هذا عند المالكية والشّافعية والحنابلة.
وذهب الحنفية إلى أنّه يُضَمّ إلى الأصل ويُزكَّى بحول الأصل.
انظر: مختصر القدوري ص٥١، وبدائع الصّنائع٢/٩٦، والتّفريع١/٢٧٤، والرّسالة ص ١٦٨، والمعونة ١/٣٧٦، والتّلقين ص ١٥٢، وعقد الجواهر ١/٢٣٢، ومواهب الجليل ٣/٨٢، و١٣٢، ومختصر المزني ص ٧-٧١، والمهذّب ١/٤٦٩-٤٧٢، والمجموع ٥/٢٣٧، ٢٣٩، والمغني ٤/٧٤-٧٧، وشرح منتهى الإرادات ٢/١٨٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٩٦، والاستذكار ٣/٢٤.

- **المالكية**:حول ربح المال ونِتَاج الأنعام حول أصله بلغ الأصلُ النّصابَ أو أم لا. أمّا الفوائد فلا زكاة عليه في شيءٍ منها حتّى يستقبل بها حولاً جديداً من يوم قبضها(١).
- **الشّافعية**: **طردوا** القاعدة في الأرباح والنِّتاج، وفي الفوائد جميعاً؛ فإنّ حولها غير حول أصولها، ولا تُضَمّ إلى أصولها، بل يستأنف لَها الحول على ظاهر القاعدة(٢).
- **الحنابلة**: يتبع نِتَاج السّائمة وربحَ التّجارة الأصلَ في حوله إن كان نصاباً، وإلاّ فحول الجميع من حين كَمُلَ، وما عدا النِّتاج والرّبح من الْمُسْتَفَاد ولو من جنس ما يملكه، لا زكاة فيه حتّى يحول عليه الحول(٣).

والذي يترجّح في نظري والعلم عند الله هو:

صحّة المذهب القائل بالتّفريق بين الأرباح والنِّتاج فحولها حول أصولها، وبين الفوائد الأخرى فيستأنف لها حولٌ. وذلك لاتّفاق عامّة أهل العلم في النِّتاج أنّه يُعَدُّ مع الأمّات، إذا كان الأصل نصاباً تامّاً، وكان الولد قبل الحول.

ولأنّ النِّتَاج يتعذّر تَميّزه وضبط أوائل أوقات كونه، فَحُمِل على حكم الأصل. والولد يتبع الأمّ في عامّة الأحكام.

وهذا المعنَى –أي: تعذّر تَميّزه وضبط أوائل أوقات كونه– موجودٌ

---

(١) انظر: التّفريع ٢٧٤/١، ورسالة القيرواني ص ١٦٨، والاستذكار ٢١/٣-٢٢، والمقدّمات ٢٨٤/١، وبداية المجتهد ١١١/٢-١١٢، ومختصر خليل ص ٦٠، والخلاصة الفقهية ص ٢٢٠، و٢٢٨-٢٢٩.

(٢) انظر:معالم السّنن٢٣١/٢،والاستذكار٢٢/٣، والمهذّب٤٦٩/١-٤٧١،والمجموع ٢٣٧/٥-٣٤٥.

(٣) انظر: منتهى الإرادات ١٢٤/١، وشرح منتهى الإرادات ١٨٦/٢.

في الأرباح، فَيَصِحّ قياسها على النّتاج المجمع عليه.

بخلاف غيرهما من الفوائد؛ فإنّها نادرة الوجود، ولا يتكرّر تكرّرهما، فلا يتعذّر تَميّز أوائل أوقات كونِها فيستأنف لها حولٌ[١].

ويترتّب على هذا ما يلي:

١-أنّ الأرباح والنّتاج تُضَمّ إلى أصلها ولا يستأنف لها الحول، بل حول أرباح المال حول أصلها، وحول نسل الأنعام حول الأمّات؛ لأنّها تبعٌ له، متولّدةٌ منه، حاصلةٌ بسببه[٢].

٢-أنّ الفوائد من غير جنس الأصل لا تجب فيها الزّكاة حتّى يحول عليها الحول؛ لأنّها مملوكةٌ مستقلّةٌ أصلاً، فيُعْتَبَر فيها الحول شرطاً، وهذا من غير خلاف[٣].

٣-أنّ الفوائد من جنس الأصل لا تجب فيها الزّكاة حتّى يحول عليها الحول؛ عملاً بالقاعدة. ولأنّه المروي عن غير واحدٍ من الصّحابة والتّابعين كما تقدّم[٤].

من أدلّة الضّابط:

الضّابط بذاته دليلٌ شرعِيٌّ؛ لأنّه وإن لم يصحّ رفعه فهو أثرٌ ثابتٌ كما تقدّم تخريجه أوّل الضّابط؛ عند ذكر الإمام ابن رشد له.

---

(١) انظر: الاستذكار ٢١/٣، وبداية المجتهد ١١١/٢-١١٣، ومنتهى الإرادات ١٢٤/١، وشرح منتهى الإرادات ١٨٦/٢، معالم السّنن ٢٠٨/٢-٢٠٩، و٢٣١.

(٢) انظر: سنن التّرمذي ٢٦/٣، والرّسالة ص ١٦٧، والاستذكار ٢٢/٣، و٢٤، والمغني ٧٧/٤، وشرح منتهى الإرادات ١٨٦/٢، ومعالم السّنن ٢٣١/٢، والمراجع السّابقة.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

(٤) انظر: المراجع السّابقة.

وكذلك إجماع فقهاء الأمصار عليه.

من تطبيقات الضّابط:

١- أنّه لا يجوز إخراج زكاة الأموال النّامية قبل وجوبها بمضيّ حولٍ كاملٍ عليه؛ لأنّه لا زكاة في مالٍ حتّى يحول عليه الحول؛ ولأنّه تقديم الزّكاة على بعض شروط وجوبها كما لو قدّمها على النّصاب؛ والحكم المعلّق بشرطين لا يجب بأحدهما والآخر معدومٌ، وقياساً على الصّوم والحجّ في عدم سقوط الفرض إذا قدّما على وقت وجوبها[1].

٢- إذا حال الحول على نصابٍ عند شخصٍ، فلم يخرج زكاته حتّى ابتاع به سلعةً أخرى فباعها بربحٍ؛ فإنّه يزكّي المال الأوّل ولا يزكّي الرّبح؛ لأنّ الرّبح لم يحل عليه الحول، ولا يكون تابعاً لأصله؛ لأنّه إنّما باعه قبل تقرّر الوجوب في الأصل، فلم يصحّ أن يتبعه ربحٌ معدومٌ في ذلك الوقت[2].

٣- أنّ مَن كان عنده نصابٌ فهلك منه واحدٌ أو باعه انقطع الحول، فإن نتج له واحدٌ، أو رجع إليه ما باعه استأنف به حولاً جديداً؛

---

(١) هذا هو المذهب عند المالكية.
وذهب الحنفية والشّافعية والحنابلة إلى جواز تقديم إخراج الزّكاة قبل الحول؛ لأنّه متَى وجد سبب وجوب الزّكاة وهو النّصاب الكامل؛ جاز تقديم الزّكاة.
انظر: أحكام الجصاص ٣٦٧، وبدائع الصّنائع ٢/١٦٤-١٦٥، و٢٠٧، والتّفريع ١/٢٧٥، والمعونة ١/٣٦٦، وعقد الجواهر ١/٢١٤، ومختصر المزني ص ٦٩، والمهذّب ١/٤٧٣، والمغني ٤/٧٩، و٨٥، ومعالم السنن ٢/٢٠١.

(٢) انظر: المعونة ١/٣٦٧، وعقد الجواهر ١/٢٢٩،

لأنّه لا زكاة في مالٍ حتّى يحول عليه الحول. وإن نتجت واحدةٌ ثم هلكت واحدةٌ لم ينقطع الحول؛ لأنّ الحول لم يخل من نصابٍ. وإن خرج بعض الحمل من الجوف، ثم هلك واحدٌ من النّصاب قبل انفصال الباقي انقطع الحول؛ لأنّ ما لم يخرج جميعه لا حكم له، وقد سبق الموتُ النّتاجَ؛ فيصير كما لو هلك واحدٌ ثم نتج واحدٌ[١].

٤- أنّ من الدّيون ما يكون ابتداؤه فائدةً، وهو ما يملكه شخصٌ من غير أن يكون أصله عيناً؛ مثل: ميراثٍ أو هبةٍ أو صدقةٍ أو أرش جنايةٍ أو ديةٍ، أو مهرٍ أو ثمن سلعةٍ كانت لقنيةٍ[٢]، أو رواتب الموظّف، والمكافأة التي تصرف في نهاية الخدمة، والمهنة؛ فهذا لا زكاة فيه ما لم يقبضه كلّه ويحول عليه الحول، وإذا قبضه استقبل به الحول؛ فلا زكاة في كلّ ما مضى؛ لعدم ملكه لها ملكاً مستقرّاً[٣].

٥- لو جعل شخصٌ السّائمةَ علوفةً في أثناء الحول، انقطع الحول؛لأنّه قد أخرجها من كونها مال الزّكاة صار كما لو هلكت[٤].

---

(١) انظر: المهذّب ١/٤٦٨-٤٦٩، والمجموع ٥/٢٣٣، والمغني ٤/٧٨، ومعالم السّنن ٢/٢٣١.

(٢) القنْية: أن يتّخذ لنفسه سلعةً للانتفاع لا للتّجارة. انظر: المصباح المنير ص ١٩٨.

(٣) انظر:بدائع الصّنائع ٢/٨٩-٩٠، ورسالة القيرواني ص ١٦٧، والمعونة ١/٣٧١، والتّلقين ص ١٥٤، والمهذّب ١/٤٦٩، والمغني٤/٧٦، وفتاوى اللّجنة الدّائمة ٩/٢٨٣-٢٨٤، برقم: (٧٤٧٢، ١٣٣٨١).

(٤) هذا عند الحنفية. وذهب المالكية والحنابلة إلى أنّ العلَف اليسير لا يمكن التّحرّز منه، فاعتباره في جميع الحول يسقط الزّكاة بالكلّيّة.وللشّافعية تفصيل؛ فإن كان قدراً يبقى الحيوان دونه فلا يؤثّر؛لأنّ وجوده كعدمه،وإن كان قدراً لا يبقى =

٦- لو استبدل شخصٌ مال التّجارة بمال التّجارة، وهي العروض قبل تمام الحول لا يبطل حكم الحول، سواء استبدل بجنسها أو بخلاف جنسها؛ لأنّ وجوب الزّكاة في أموال التّجارة يتعلّق بمعنَى المال، وهو المالية والقيمة، فكان الحول منعقداً على المعنَى، وأنّه لم يفت بالاستبدال[1].

٧- ولو بيع ذهبٌ، أو أُبْدِلَ بفضةٍ وعكسه فلا ينقطع الحول، وكذا لا يسقط الحول في أموال الصّيارفٍ؛ لئلاّ يؤدّي إلى سقوط الزّكاة في مالٍ ينمو، ووجوبها في مالٍ لا ينمو وهو خلاف أصول الشّرع[2].

٨- ولو استبدل السّائمة بالسّائمة فإن استبدلها بخلاف جنسها بأن باع الإبل بالبقر، أو البقر بالغنم ينقطع حكم الحول وتسقط الزّكاة[3].

٩- ولو استبدل السّائمة بجنسها، بأن باع الإبل بالإبل، أو البقر بالبقر، أو الغنم بالغنم فلا يقطع الحول وإن اختلف نوعه، فلا تسقط

=

الحيوان دونه سقطت الزّكاة؛ لأنّه لم يوجد تكامل النّماء بالسّوم.

انظر: بدائع الصّنائع ٢/٩٩-١٠٠، والمعونة ١/٣٦٥، والمقدّمات ١/٢٨٩-٢٩٠، ومواهب الجليل ٣/٩٥-٩٧، ومختصر المزني ص ٧٠، و٧٧، والمهذّب ١/٤٦٧-٤٦٨، والمجموع ٥/٢٣١، ومختصر الخرقي ٤/١٣، و٣٨، والمغني ٤/١٣.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٩٨-٩٩، والمعونة ١/٤٠٢-٤٠٤، وعقد الجواهر ١/٢١٥، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٣/٩٦-٩٨، ومختصر المزني ص ٧٠-٧١، و٧٦-٧٧، والمهذّب ١/٤٦٨، والمجموع ٥/٢٢٩، ٢٣٤، و٢٣٦، ومنتهى الإرادات ١/١٢٤، وشرح منتهى الإرادات ٢/١٨٦-١٨٧-١٨٨.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

الزّكاة عنه، ويبنِي على حول الأوّل؛ سدّاً لذريعة إسقاط الزّكــاة؛ لأنّه متّهم بالفرار منها؛ ولأنّ الجنس واحدٌ والفــرض واحــدٌ لا يتفاوت الاختلاف فيه، ولأنّ ملكه زال عــن العــين إلى مثلــها وجنسها وما يقوم مقام نوعها أو يقاربه؛ فكــان كــالعين الأولى للاتّفاق في الجنس والفرض، وإن اختلف الجنس فلا يبنِي[(١)].

١٠- ولو باع السّائمة بالدّراهم أو بالدّنانير أو بعروضٍ ينوي بها التّجــارة يبطل حكم الحول فلا تجب الزّكاة؛ لأنّ متعلّق الوجوب في المالين قد اختلف؛ إذ المتعلّق في أحدهما العين، وفي الآخر المعنَى[(٢)].

١١- إذا أقام عروض التّجارة أحوالاً لا شيء فيه ما دام عرضــاً، ولا يُقَوَّم في كلّ سنةٍ، فإذا بيع زكّى ثمنه لسنة واحدة[(٣)].

١٢- أنّ صاحب عروض التّجارة إذا كان مديراً لا يعرف حول مالــه ولا ينضبط له؛ كسائر التّجار في الحوانيت الذين يديرون البيــع والشّراء طوال العام بالسّعر الحاضر، ومثل التّجار الذين يجهّــزون الأمتعة وغيرها إلى البلدان؛ كلّما باع اشترى فلا ينضبط رأس

---

(١) هذا عند المالكية والحنابلة. وذهب الحنفية إلى أنّه يقطع الحول؛ لأنّ الوجــوب في السّوائم يتعلّق بالعين لا بالمعنَى، والعين قد اختلفت فيختلف له الحول.
وذهب الشّافعية إلى سقوط الزّكاة في الجميع ويستقبل الحول من الجديد، حتّى لو كان صيرفياً، سواء فعله محتاجاً إليه أو بقصد الفرار من الزّكاة. انظــر: المراجــع السّابقة، ومعالم السّنن ٢/٢٣١.

(٢) ومقتضى أصول المالكية والحنابلة أنّه إذا فعل ذلك فراراً من الزّكــاة لم يســقط بإخراجه عن ملكه، ويزكّي من جنس المبيع لذلك الحول. انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: التّلقين ص ١٥٤.

١٣- ماله، ولا يتحصّل له حولٌ يعوَّل عليه، فهذا المدير يجعل لنفسه شهراً معلوماً من كلّ سنةٍ يكون له حولٌ، يعرف فيه ما معه من العين، ويقوِّم ما عنده من العروض فيزكّي الجميع(١).

١٤- أمّا التّاجر المحتكِر؛ وهو الذي يشتري الأمتعة بنيّة التّجارة ثم يدّخرها إلى وقت غلائها في الأسواق ثم يبيعها، فهذا لا تجب الزّكاة في عروضه حتّى تُباعَ ولو بقيت عنده أحوالاً؛ فإذا بيعت بنصابٍ أو أكثرَ زكّى ثمنها بعد مرور حولٍ كاملٍ على أصلها(٢).

١٥- ومَن اشترى عرضاً للقنية ثم نوى به التّجارة ثم باعه، استقبل بثمنه حولاً بعد قبضه؛ لأنّ الأصل في العروض القنية والتّجارة طارئ عليها فهي ترجع إلى الأصل بالنّية دون العقد(٣).

١٦- لو مات إنسانٌ في أثناء الحول ينقطع الحول، وإذا انتقل إلى الوارث استقبل به حولاً جديداً؛ لأنّه أصبح فائدةً عنده(٤).

---

(١) انظر: التّفريع ١/٢٨٠، والمعونة ١/٣٧٢، والتّلقين ص ١٥٥-١٥٦، والاستذكار ٣/٥٠، والفقه الميسّر ص ٢٠٨-٢٠٩.

(٢) انظر: التّفريع ١/٢٨٠، والفقه الميسّر ص ٢٠٨.

(٣) انظر: التّفريع ١/٢٨٠، والمقدّمات ١/٢٨٤، وعقد الجواهر ١/٢٢٩، والتّاج والإكليل ٣/١٥٧، ومختصر المزني ص ٧٧.

(٤) وهناك قول عند الشّافعية وهو القديم أنّه لم ينقطع، بل يبني الوارث على حوله؛ لأنّ ملك الوارث مبنِي على ملك المورث. لكن الأوّل هو الأصحّ.
انظر: المهذّب ١/٤٦٨-٤٦٩، والمجموع ٥/٢٣٥-٢٣٦.

المبحث الرّابع: القاعدة الخامسة والعشرون [٢٥]

[ما يُوجِبُ الحَدَّ يُفْسِدُ الحَجَّ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل صفة الْجماع الذي يُفْسِدُ الْحجّ وفي مقدّماته ومنها مسألة: الإنزال فيما دون الفرج؛ حيث قال:

«واختلفوا في إنزال الماء فيما دون الفرج؛

فقال أبو حنيفة: لا يفسدُ الْحجّ إلاّ الإنزال في الفرج[١].

وقال الشّافعي: **ما يُوجِبُ الْحدَّ يُفْسِدُ الْحجَّ**[٢].

---

(١) دليلهم: أنّ الفساد حكمٌ متعلّقٌ بالجماع في الفرج على سبيل التّغليظ، وهذا ليس بجماعٍ.
انظر: مختصر القدوري ص ٧٢، و١٩٧، وبدائع الصّنائع ٢/٤٢٥، و٤٦٢.

(٢) وهو مذهب الظّاهريّة، وقولٌ للمالكية، ورواية عند الحنابلة صحّحها ابن قدامة في المغني. لما يأتي:

١- لأنّ كلّ حكمٍ يتعلّق بالوطء من: وجوب الغسل، وكمال المهر، وإحصان الزّوجين، وإحلال المطلّقة ثلاثاً للذي طلّقها، وإفساد الحجّ، والصّوم، ووجوب الحدّ، وغير ذلك من الأحكام المتعلّقة بالوطء؛ فإنّها تتعلّق بِمغيب الحشفة في الفرج، وهو الْتقاء الختانَين.

٢- لأنّه استمتاعٌ لَا يَجبُ بنوعه الْحدُّ؛ فلم يُفْسدُ الْحجَّ: كما لو لم يَنْزِل.

٣- ولأنّه لا نصّ فيه ولا إجماع ولا هو في معنَى المنصوص عليه؛ لأنّ الوطء في الفرج يَجبُ بنوعه الْحَدُّ، ويتعلّق به أحكامٌ.

٤- ولأنّ الوطء لا يفترق فيه الحالُ بين الإنزال وعدمه بخلاف الوطء فيما دون الفرج؛ فافترقا.

٥- ولأنّ الأصل براءة الذّمّة حتّى يرد دليلٌ لا مدفع فيه، ولا دليل هنا.

انظر: الاستذكار ٣/٥٥٦، والمنتقى ٤/٨-٩، ورسالة القيرواني ص ٨٥، وشرح =

وقال مالكٌ[1]: الإنزال نفسه يفسد الْحجّ، وكذلك مقدماته من المباشرة والقبلة»[2].

توثيق القاعدة:

ورد ذكر القاعدة، أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

=

القلشاني ص ٣٩٧-٣٩٨، والثّمر الدّاني ص ٣١-٣٢، ومختصر المزني ص ١٠٣، والمهذّب ١/٦٧٧-٦٧٨، و٦٩٥، والمجموع ٧/١٩٠، و٢٥٥، و٢٥٩، والمغني ٥/١٦٨، و١٧٠، و٣٧٧، ومنتهى الإرادات ١/١٨٩، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٨٧، و٤٩٠، والمحلّى ٥/١٩٧، و٢٠٠-٢٠١.

(١) وهو رواية عند الحنابلة، اختارها الخرقي وأبو بكر، وهو ظاهر قول السّعدي ومِنْ أدلّتهم:

١- قوله تعالى: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى ٱلْحَجِّ﴾ [سورة البقرة، الآية: ١٩٧]، ووجه ذلك: أنّ الرّفث إتْيانُ النِّساء ومُباشرتُهنّ؛ ولذلك قال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ﴾ [سورة البقرة، الآية: ١٨٧]، فَنَهَى عن الْمُبَاشرة لِمَنْ فرَض فيهنَّ الحجّ، والنّهيُ يقتَضِي فسادَ الْمَنْهيّ عنه.

٢- أنّه فِعْلٌ مَحْظُورٌ لأجل الإحرام يُفْضِي إلى الإنزال؛ فوجب أن يُفْسِدَ الْحجَّ أصل ذلك الوطءُ في الفرج.

٣- أنّها عبادةٌ يفسدها الوطءُ؛ فأفسدها الإنزال عن مُبشارةٍ كالصّيام.

انظر: المعونة ١/٥٩٣، والتّلقين ص ٢١٥، والاستذكار ٣/٥٥٨-٥٥٩، والمنتقى ٤/٨-٩، وجامع الأمهّات ص٢٠٢،ومختصر الخرقي٥/١٦٩-١٧١، والمغني ٥/١٦٩-١٧٢، وتفسير السّعدي ص٩١.

ولعلّ القول الأرجح هو عدم فساد الْحجّ إلاّ بوطء يوجب الحدّ.؛ فلا يفسد بإنزال الماء فيما دون الفرج، بل لا بدّ من الْتقاء الختانين، أَنْزَلَ أم لَم يَنْزِل، وذلك لقوّة قولهم وتوجيهاتهم، خصوصاً أنّ المسألَة ليس فيها نصّ صريحٌ من الشّارع، والله تعالى أعلم بالصّواب.

(٢) بداية المجتهد ٢/٣١٣.

ما جاء في بدائع الصّنائع: ((وأمّا الوطء في الموضع المكروه؛ فأمّا على أصليهما -أي: أبي يوسف ومحمّد الشّيباني- يُفْسِدُ الْحجَّ؛ لأنّه في معنَى الْجماع في القبل عندهما؛ حتّى قالوا: بوجوب الْحدّ))[١].

ما جاء في الموطّأ: ((الذي يُفسدُ الحجَّ والعمرةَ حَتَّى يَجبَ عليه في ذلك الهديُ في الحجّ أو العمرة: الْتِقَاءُ الختَانَين، وإن لَم يكن ماءٌ دافقٌ))[٢].

وجاء في الاستذكار: ((الْجماعُ-الذي-يُفْسِدُ الإحرامَ ما كان إذا جاوزَ الْختَان))[٣].

وجاء فيه: ((الذي يُفْسِدُ الحجَّ منَ الْجمَاع مَا يُوْجِبُ الْحَدَّ، وذلك أَنْ تَغيبَ الْحشفَةُ ويلتقي الْختانان، لا يُفْسدُه شيءٌ غيرُ ذلك))[٤].

وقال: ((ما يوجب الْحَدَّ، ويُفْسِدُ الصّومَ والْحَجَّ يُحِلُّ الْمُطَلَّقة، ويَحصن الزّوجين، ويوجب كمال الصّداق))[٥].

وما جاء في المنتقى: ((الْتِقَاءُ الختَانَين يُفْسدُ الحجّ، وإنْ لَم يكن إنْزَالٌ؛ لأنّ كلّ حُكمٍ يَتعلّقُ بالوطء؛ فإنّه يَتعلَّقُ بالْتِقَاء الختَانَين من إفساد الحجّ، والصّوم، ووجوب الحدّ، والمهر، وغير ذلك من الأحكام))[٦].

وما جاء في المهذّب: ((وإنْ قَبَّلها بشهوةٍ أو باشرها فيما دون الفرج

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٤٦٢.
(٢) الموطّأ للإمام مالك رحمه الله ١/٣٨٢، وانظر: المنتقى ٤/٨.
(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٣/٥٥٨. ونسبه للشّافعي.
(٤) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٣/٥٥٩، ونسبه للشّافعي أيضاً.
(٥) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٤/٤٥٠.
(٦) المنتقى للباجي ٤/٨-٩، وانظر: شرح القلشاني ص ٣٩٥-٣٩٧، والثّمر الدّاني ص ٣١-٣٢.

بشهوة، لم يَفْسُدُ حَجُّهُ؛ لأنّها مُباشرةٌ لا تُوجِبُ الْحدَّ بِجنسها؛ فلم تُفْسِدِ الْحَجَّ؛ كالمباشرة بغير شهوة»[1].

وجاء في الْمغنِي: «فصلٌ: ولا فرق بين الوطء في القبل والدّبر من آدميٍّ أو بهيمة... ويتخرّج في وطء البهيمة أنّ الْحجّ لا يَفْسُدُ به...؛ لأنّه لا يُوجِبُ الْحَدَّ؛ فأشبه الوطء فيما دون الفرج»[2].

وفيه -أيضاً-: «والثّانية: لا يُفْسِدُ -وطءُ دون الفرج- الْحَجَّ...، وهي الصّحيح إن شاء الله؛ لأنّه استمْتَاعٌ لا يَجبُ بنوعه الْحَدُّ؛ فلم يُفْسِدِ الْحجَّ...، ولأنّ الوطء في الفرج يَجِبُ بنوعه الْحدُّ»[3].

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: «الثّامن وطءٌ يوجِبُ الغسلَ، وهو تغييب حشفةٍ أصليّةٍ في فرجٍ أصليٍّ، قُبُلاً كان أو دُبُراً، من آدَمِيٍّ أو غيره»[4].

شرح مفردات القاعدة:

يوجب: أي: يُلْزِمُ، وجب الشّيءُ يَجِبُ وجوباً: لزم، وأوجب: ألزم[5].

والمراد به هنا: السّبب. يقال: أوجبت السّرقةُ القطع فهي الْموجِبَةُ[6].

والوطء الموجِب للحدّ هو الذي حصلت فيه مغيب الحشفة، قال في الرِّسالة: «مَغيبُ الحشفة في الفرج يوجِبُ الغسلَ، ويوجِبُ الحدَّ،

---

(١) المهذّب للشّيرازي ٦٩٥/١.

(٢) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٦٨/٥.

(٣) الْمغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٧٠/٥. وانظر: شرح منتهى الإرادات ٤٩٠/٢.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٨٧/٢، وانظر: شرح القلشاني ص٣٩٨، ومنتهى الإرادات ١٨٨/١.

(٥) انظر: المفردات ص ٥٢٨، ومختار الصّحاح ص ٧٠٩، والمصباح المنير ص ٢٤٨.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٣٠٢/٢، والمصباح المنير ص ٢٤٨.

ويُوجِبُ الصّداق، ويُحْصِنُ الزّوجين، ويُحِلُّ المطلَّقة ثلاثاً للـذي طلّقها، ويُفْسِدُ الحجّ، ويُفْسِدُ الصَّومَ»[1].

وموجِبَاتُ الْحدود هي[2]:

١-الحرابة؛ قيل: هي الكفر[3]. وقيل: هي: الْخُرُوجُ لإخافة سبيلٍ لأخذ مالٍ مُحْتَرَمٍ بِمُكابرِ قتالٍ، أو خوفِه، أو لذهاب عقلٍ، أو قَتْلٍ خُفيةً، أو لِمُجرَّدِ قَطْعِ الطّريقِ، لا لإمَرَةٍ، ولا نَائرةٍ، ولا عداوةٍ[4].

---

(١) الرِّسالة لابن أبي زيد القيرواني ص ٨٥، وانظر: شرح القلشاني ص ٣٩٥-٣٩٧، والثّمر الدّاني ص ٣١-٣٢، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٨٧.

(٢) انظر: التّلقين ص ٤٩٧ فما بعدها، وبداية المجتهد ٤/٣٧٣ فما بعدها.

(٣) قال ابن العربي في أحكامه ٢/٩١: «وهو معنًى صحيحٌ». وانظر: تفسير القرطبيّ ٦/١٤٤.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٤/٤١٧، وحدود ابن عرفة ٢/٦٥٤، ومنتهى الإرادات ٢/٣٠٣، والمحلّى ١٢/٢٧٢-٢٩٩.

قال ابن الْحاجب في جامع الأمّهات ص٥٢٣: «الحرابةُ: كلّ فعلٍ يُقْصَدُ به أخذُ الْمال على وجه تَتعذّر معه الاستغاثة عادةً منْ رَجُلٍ، أو امرأةٍ، أو حُرٌّ، أو عبد، أو مسلمٍ، أو ذمّيٌّ، أو مستأمَنٍ، أو مخيفها، وإنْ لَمْ يَقتُلْ، وإنْ لَمْ يأخُذْ مالاً، والْمأخوذ بحضرة الْخروج كذلك، وإنْ لَمْ يُخف السّبيلَ؛ فقاطعُ الطّريق على الْمسلم أو الذّمّيّ مُحاربٌ، ومُشْهرُ السِّلاح كذلك مُحَاربٌ، وإنْ كان مُنْفَرداً في مدينة، والذّمّيّ يسقي السّكرَان كذلك مُحَاربٌ، والسّارقُ باللّيل أو بالنّهار في دارٍ أو زقّاق مكابرةً يَمْنَع الاستغاثة مُحَاربٌ، وخادعُ الصَّبيّ حتّى أدخله موضعاً فيأخُذ ما معه مُحَارِبٌ».

وهذا يُبيِّن أنّ الأعمال الإجرامية التي يقوم بها مَنْ لا ضمير لـه في هذه الآونة الأخيرة داخلةٌ في مصطلح الْحرابة، وأنّ مصطلح السّلف أدقّ لها، وأنّها من شُعَب الكفر كما قال ابن العربي. والله تعالى أعلم.

والخروج لأجل الإخافة ظاهرٌ في كونه حرابةً في حقّ هؤلاء الْحرابيِّين، سواء وجدت أم لا؟ فالْحِرابةُ تقرّر وإنْ لَمْ تَكن إخافةٌ؛ لأنّ الخروج لأجل الشّيء لا =

٢-الرّدّة؛ وهي: كفرٌ بعد إسلامٍ تقرّر[1].

=

يقتضي تحقّق ذلك الشّيء، وإذا صحّ ذلك فيلزم أَنّ مَنْ خرَج لأجل ذلك،ولَمْ يقع منه إخافةٌ،وقُدرَ عليه أنّ حُكمَهُ حكم الْمُحَارِبِ لوجود الْحِرابة فيه. انظر: شرح حدود ابن عرفة ٦٥٦/٢.

وقال ابن حزم في الْمُحلّى ٢٨٣/١٢: «فوجب بمَا ذكرنا أنّ الْمُحَارِبَ هو: الْمكابر الْمخيف لأهل الطّريق، الْمُفْسدُ في سبيل الأرض سواء بسلاحٍ، أو بلا سلاحٍ أصلاً، سواء ليلاً أو نهاراً، في مصر أو في فلاة،أو في قصر الْخليفة،أو الْجامع،سواء قَدَّمُوا على أنفسهم إماماً،أو لَمْ يقدّموا سوى الْخليفة نفسه، فعل ذلك بجُنْده أو غيره، منقطعين في الصّحراء، أو أهل قرية، سكاناً في دورهم، أو أهل حصنٍ كذلك، أو أهل مدينة عظيمة، أو غير عظيمةٍ كذلك، واحداً كان أو أكثر، كلّ مَنْ حارب الْمَارَّ، وأخاف السّبيل بقتل نفس، أو أخذ مال أو لجراحة، أو لانتهاك فرجٍ؛ فهو مُحَاربٌ، عليه وعليهم -كثروا أو قلّوا- حُكْمُ الْمُحَاربين الْمَنْصُوص في الآية: -﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [سورة المائدة، الآية: ٣٣]-؛ لأنّ الله تعالى لَمْ يَخُصَّ شيئاً من هذه الوجوه؛ إذ عهد إلينا بحكم الْمحاربين: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيّٗا﴾ [سورة مريم، الآية: ٦٤].

ونَحن نشهد بشهادة الله تعالى أنّ الله سبحانه لو أراد أن يَخُصّ بعض هذه الوجوه لَمَا أغفل شيئاً من ذلك، ولا نسيه، ولا أعنتنا بتعمّد ترك ذكره حتّى يبيّنه لنا غيره بالتّكهّن والظّنّ الكاذب». وانظر: الرّسالة ص ٢٤٠-٢٤١، والمحلّى ٢٨٨/١٢.

وإنّما ذكرتُ هذا؛ لمناسبة ما نعايشه من الفتَن، راجياً من الله أنْ يكون مشاركةً مباركةً في إصلاح الأمّة، وأنْ يحفظ البلادَ والعبادَ؛ إنّه مُجيب الدّعوات.

(١) ويكون بصريحٍ، وبلفظ يقتضيه، وبفعلٍ يتضمّنه. انظر: المفردات ص ١٩٩، وجامع الأمّهات ص ٥١٢، وحدود ابنً عرفة ٦٣٤/٢، والْمغنِي ٢٦٤/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٨٦/٦.

٣-الزّنا؛ وهو: مَغيبُ حشفة آدميٍّ في فرجِ آدميٍّ آخر دون شبهةِ حلِّه عمداً[(١)].

٤-القذف بالزّنا؛ وهو: نسبةُ آدميٍّ غَيْرَهُ لِزنًا، أو قَطْعُ نَسبِ مسلمٍ[(٢)].

٥-السّرقة؛ وهي: أَخْذُ مُكَلَّفٍ حُرًّا لا يعقِلُ لصغره، أو مالاً مُحترماً لغيره نصاباً، أخرجه مِنْ حِرزِه بقصدٍ واحدٍ خُفيةً لا شُبهةَ له فيه[(٣)].

٦-تناول الْمسلم الْمُكَلَّف ما يُسْكِرُ جِنْسُهُ شرباً أو أكلاً، مختاراً من غير ضرورةٍ ولا عذرٍ[(٤)].

يُفْسِدُ: أصلُه من: فَسَدَ الشّيءُ يَفْسُدُ فساداً، والفساد خروجُ الشّيء عن الاعتدال قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً، ويضادّه الصّلاحُ.

وأَفْسَدَهُ غَيْرُهُ يُفسدُهُ؛ أي: يُخْرِجُهُ عن حيّز الاعتدال. ومنه قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ ﴿١١﴾ أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ الْمُفْسِدُونَ وَلَٰكِن لَّا يَشْعُرُونَ ﴾[(٥)].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص١٩٥، وبدائع الصّنائع٢/٤٨٦، والرّسالة ص٢٤١، وبداية المجتهد٤/٣٧٣، وجامع الأمّهات ص٥١٤، وحدود ابن عرفة٢/٦٣٦، ومختصر الخرقي١٢/٣٤٠، والْمغني ١٢/٣٤٠.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص١٩٩، وبدائع الصّنائع٢/٤٩٧، والرّسالة ص٢٤٢، وبداية المجتهد ٤/٣٨٩، وجامع الأمّهات ص٦١٧، وحدود ابن عرفة ٢/٦٤٢، والْمغني ١٢/٣٨٣، ومنتهى الإرادات ٢/٢٨٩.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢٠١، وبدائع الصّنائع ٦/٥، والرّسالة ص ٢٤٣، وبداية المجتهد ٤/٣٩٩، وحدود ابن عرفة ٢/٦٤٩، ومنتهى الإرادات ٢/٢٩٧، والمحلّى ١٢/٣٠٠-٣٦٣.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ١٩٨، و٢٠٤، وبدائع الصّنائع ٢/٤٩٦-٤٩٧، والرّسالة ص ٢٤٢، وبداية المجتهد ٤/٣٩٤، وجامع الأمّهات ص ٥٢٤، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٦٥٨، ومنتهى الإرادات ٢/٢٩٤، والْمحلّى ١٢/٣، و٣٦٤-٣٧٧.

(٥) سورة البقرة، الآيتان: ١١-١٢.

وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي ٱلْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ ٱلْحَرْثَ وَٱلنَّسْلَ ۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ ﴾(١).

الْحجّ لغة: مطلق القصد للزّيارة(٢).

وشرعاً: أداء أعمالٍ مَخصوصةٍ، في حرم مكّة وما حوله، في أوقاتٍ مَخصوصة مع النّيّة(٣).

ومُفْسِدُ الْحجّ شيءٌ واحدٌ لا ثانِي له وهو الجماع بلا خلاف وقفت عليه(٤).

معنَى القاعدة الإجمالي:

هذه قاعدةٌ مهمَّةٌ في موضوعها؛ حيث تعالج وتحدّد نوعاً من أنواع محظورات الإحرام، وهو ما يُفْسِدُ ركناً من أركان الإسلام الذي هو الْحجّ؛ حيث إنّ محظورات الإحرام في الأصل نوعان(٥):

النّوع الأوّل: الْمَحظور الْمُنْجَبر، وهو الذي تحصل به الرّفاهيّة ولا يُوجِبُ فسادَ الْحجّ. وسيأتي -إنْ شاء الله- في القاعدة [٢٦] بعد هذه.

والنّوع الثّانِي: الْمَحظور غير الْمُنْجَبر، يعني: الْمُفْسد للحجّ، وهو الْجماع فقط. وكونُ الْحجّ لا يُفْسِدُ إلاّ بالْجماع محَلّ الاتّفاق بين

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٠٥.
وانظر: المفردات ص ٣٨١، والمصباح المنير ص ١٨٠.

(٢) انظر: المفردات ص ١١٥، ومختار الصّحاح ص ١٢٢، والمصباح المنير ص ٤٧.

(٣) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٥٣، وانظر: منتهى الإرادات ١/١٧٣.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص٧٢، والاستذكار ٣/٥٥٦، و٥٥٥، و٥٥٩، والمهذّب ١/٦٧٧، والْمجموع ٧/١٨٩، والمغني ٥/١٦٦، و١٧٠، و٢٠٠.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٠٤، وجامع الأمّهات ص ٢٠٢-٢٠٣.

الفقهاء[(١)]، وإن اختلفوا في صفات الْجماع الذي يُفْسِدُه، وشروط كونه مُفْسِداً له، وهو موضوع القاعدة، ليس غير.

أمّا ظاهر القاعدة فإنّها غير مراد قطعاً، وظاهرها أنّ مُوجبَات الْحدّ السّابق ذكرها كلّها تُفْسِدُ الْحجَّ، ولم أقف على مَنْ قال بذلك، وإنّما يَفْسُدُ الْحجُّ بِمُوجِبٍ واحدٍ منها وهو: الْجماع الذي يُوجِبُ الْحدَّ إذا استكمل شروطه بلا خلاف، كما سبق.

اللّهم إلاّ الرّدّة، وهي ليست مُفْسِدَةً للحجّ وإنّما مُبْطِلَةٌ له كما تُبْطِلُ غيره من العبادات والطّاعات[(٢)]، والفرق بين حكم الحجّ الباطل والفاسد؛ أنّ الباطل لا يَجبُ الْمُضيّ فيه بخلاف الفاسد؛ فإنّه يَجِبُ الْمُضيّ فيه عند المذاهب الأربعة[(٣)].

إذا تقرّر هذا، عُلِمَ أنّ ظاهر القاعدة مخصوص بالْمعتبر في الْجماع الذي يُفْسِدُ الْحجّ، هل هو الذي يُوجِبُ الْحدَّ، أم الذي يُوجِبُ الغسل ويُفْسِدُ الصّوم؟ وسيأتي هذا إن شاء الله في فقرة موقف المذاهب الفقهية من القاعدة.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٦١/٢، والاستذكار ٥٥٩/٣، وبداية المجتهد ٣١١/٢، و٣١٢، والمهذّب ٦٧٧/١، والمجموع ١٨٩/٧، والْمغني ١٦٦/٥، وإجماع ابن المنذر ص ١٧، ف (١٤٥)، و٢٣، ف (٢٠٦)، والمحلّى ٢٠٠/٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٦٢/٢، وأشباه ابن نجيم ص ٣٣٧، والمهذّب ٤٦١/١، وأشباه السّيوطي ص ٤٧٩.

(٣) خلافاً للظّاهريّة في قولهم:لا يتمادى على عملٍ فاسد.
انظر: مختصر القدوري ص ٦٨، و٧٢، والمعونة ٥٩٤/١، والمهذّب ٦٩١/١، وتَمهيد الأسنوي ص٥٩، والمغني ١٦٦/٥-١٦٧، وشرح منتهى الإرادات ٤٨٧/٢، والمحلّى ٢٠١/٥.

من أدلّة القاعدة:

يدلّ على صحّة القاعدة أدلّةٌ منها:

١-قوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ۚ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى ٱلْحَجِّ﴾(١). وثبت عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّه فسّر الرّفث بالْجماع(٢). قال في الاستذكار: «الرّفث في هذا الْموضع: الْجماع عند جمهور أهل العلم بتأويل القرآن. وقد قيل غَيرُ ذلك، والصّواب عندهم ما ذكرتُ لك في تأويل الرّفث في هذه الآية»(٣).

٢-ما رُوِيَ عن عمر بن الخطاب، وعليّ بن أبي طالب، وأبي هريرة -رضي الله عنهم- سُئِلُوا عن رَجُلٍ أصاب أهله وهو مُحْرِمٌ بالْحجّ؟ فقالوا: يَنْفُذَان، يَمْضيان لوجههما حتّى يَقْضِيَا حَجَّهما، ثم عليهما حَجُّ قابلٍ والهدي. قال: وقال عليّ بن أبي طالب: وإذا أَهَلاَّ بالْحجّ مِنْ عامٍ قابلٍ تَفَرَّقا حتَّى يَقْضيَا حَجَّهما(٤).

وجه الاستدلال: حيث دلّ على أنّ مَنْ جامع امرأته حال إحرامه بالْحجّ وقبل عرفة فَسُدَ حَجّه؛ والجماع في العرف الشّرعِيّ الذي تناط به الأحكام هو مغيب الحشفة(٥).

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٢٥/٢، والاستذكار ٥٥٦/٥، والمنتقى ٤٨٧/٢، والمهذّب ٦٧٧/١-٦٧٨، والمجموع ١٨٩/٧، وشرح منتهى الإرادات ٤٨٧/٢، والمحلّى ٢٠٠/٥.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥٥٦/٣.

(٤) أخرجه الإمام مالكٌ بلاغاً في موطّئه ٣٨١/١-٣٨٢، والبيهقي في السّنن الكبرى ١٦٧/٥، وانظر: المهذّب ٦٧٨/١.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٤٦١/٢، ورسالة القيرواني ص ٨٥، والْمُنْتَقى ٣/٤، وشرح =

قال في شرح القلشاني: «مغيب الحشفة أو مثلها من مقطوعها في فرجٍ آدميٍّ أو غيره، أنثى أو ذكر، حيٌّ أوميِّت، يوجب الغسل على مَن هي منه مُكَلَّفاً، أو غابت فيه كذلك، ولو مكرَهاً أو ذاهباً عقله»، ثم قال: «مغيب الحشفة يوجب نَيفاً على السِّتِّين خصلةً، والذي يَختصّ به دون مشاركة غيرها أربعةأشياء:الإحلال،والإحصان،وزوال العُنَّة،ووجوب حدّ الزّنا»[(١)].

٣-إجماع أهل العلم على أنّ الْحجَّ لا يَفْسُدُ بإتيان شيءٍ حال الإحرام إلاّ الْجماع[(٢)].

٤-ولأنّ الْجماع في نهاية الارتفاق بمرافق المقيمين فكان في نهاية الْجناية على الإحرام؛ فكان مُفْسِداً للإحرام[(٣)].

ووجه الاستدلال مِنْ هذه الأدلّة على القاعدة: حيث دلّتْ على كون الْجماع مُفْسِداً للحجّ، ومُقتضى تنقيح مناط الحكم فيه أَنْ يُحْمَل على الْجماع الْمتعارف عليه في العرف الشّرعي، الذي هو مغيب حشفة الذّكر في الفرج، وهو الذي يوجب الْحَدّ[(٤)].

=

القلشانِي ص ٣٩٥-٣٩٨، والثّمر الدّاني ص ٣١-٣٢، والمغنِي ١٦٦/٥، وشرح منتهى الإرادات ٤٨٧/٢.

(١) شرح القلشاني ص ٣٩٦-٣٩٨.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٣١١/٢-٣١٢، وشرح القلشاني ص ٣٩٥، و٣٩٨، والمجموع ١٨٩/٧، المغني ١٦٦/٥، وشرح منتهى الإرادات ٤٨٧/٢، وإجماع ابن المنذر ص ١٧، ف (١٤٥)، و٢٣، ف (٢٠٦).

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٦١/٢.

(٤) قال القلشاني في شرحه على الرّسالة ص٣٩٧-٣٩٨:«مغيب الْحشفة يوجبُ نيفاً على السّتّين خصلةً، والذي يَختَصّ به دون مشاركة غيرها أربعة: الإحلال،

=

قال في الْمفردات في قوله -تعالى-: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ﴾[(١)]: ((يَحتَملُ أَنْ يكون نَهياً عن تعاطي الْجماع، وأَنْ يكون نَهياً عن الْحديث في ذلك؛ إذ هو منْ دواعيه، والأوّل أصحّ))[(٢)].

قال في الْمنْتَقَى -مُفَسِّراً قول الإمام مالك في الوطءِ الْمؤثِّر-: ((فصل: وقوله: (التقاء الْختانَين وإنْ لَمْ يَكُن ماءٌ دافقٌ)، يريد أنّ التقاءَ الْختَانَين يُفْسدُ الْحَجَّ وإن لَمْ يكُن إنزالٌ؛ لأنّ كلَّ حكمٍ يتعلّقُ بالوطء؛ فإنّه يتعلّق بالتقاء الْختَانَين منْ إفساد الْحجّ، والصّوم، ووُجوب الْحدِّ، والْمهر، وغير ذلك من الأحكام))[(٣)].

وقال في شرح منتهى الإرادات: وطءٌ يُوجِبُ الغسلَ، وهو تغييبُ حشفة أصليّة في فرجٍ أصليٍّ، قُبُلاً كان أو دُبراً، من أدميٍّ أو غيره؛ فإنّه يُفْسدُ النُّسُكَ[(٤)].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

اختلفت المذاهب الفقهية في تطبيق القاعدة،وذلك بسبب اختلافهم

=

والإحصان، وزوال العنّة، ووجوب حدّ الزّنا)).

وانظر: أشباه ابن نجيم ص ٣٣٣، ومختصر القدوري ص١٢، والتّهذيب١/١٩٦-١٩٧، وشرحي ابن ناجي وزروق على الرّسالة١/٨٣، ومختصر المزني ص ١٣، و١٠٣، والمهذّب ١/١٠٧،و٥٥٨، و٦٧٨، وشرح مسلم٤/٢٦٣-٢٦٥، والمجموع ٢/١٠٦،وأشباه السّيوطي ص٤٥٦، ومنتهى الإرادات١/٢٢، وشرح منتهى الإرادات ١/١٥٧، والمحلّى ١/٢٤٧.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٧.

(٢) للرّاغب الأصفهاني ص ٢٠٥.

(٣) المنتقى للباجي ٤/٨-٩.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٤٨٧.

في تحديد صفة الْجماع الْمعتبر والمؤثّر، هل هو الذي يُوجِبُ الْحدَّ، أم الذي يُفْسِدُ الصيام، أم الْمعتبر الإنزال الْمعتاد في الْموضع الْمعتاد؟

الْمذهب الأوّل: أنّ الْجماع الذي يُفْسِدُ الْحجّ هو الذي يُوجِبُ الْحدَّ، أمّا ما لا يثبت الْحدُّ بمثله فلا يَفْسُدُ به الْحجّ. هذا هو مذهب الشّافعيّة، والحنابلة، والظّاهريّة وقولٌ للمالكية[١].

الْمذهب الثّاني: اعتبار الجماع المعتاد في الموضع المعتاد؛ أحد السّبيلين. وبه قال الحنفية[٢].

قال في بدائع الصّنائع: «وأمّا شرط كونه-أي:الْجماع-مُفْسِداً فشيئان:أحدهما: أَنْ يكون الْجماع في الفرج؛ حتّى لو جامع فيما دون الفرج، أو لَمس بشهوةٍ، أو عَانَقَ، أو قَبَّلَ، أو بَاشَرَ لا يَفْسُدُ حَجُّه؛ لانعدام الارتفاق البالغ... ولو وطء بهيمةً لا يَفْسُدُ حَجُّهُ لما قلنا... وأمّا الوطء في الموضع المكروه فأمّا على أصلهما يُفْسِدُ الْحجّ؛ لأنّه في معنَى الْجماع في القبل عندهما؛ حتّى قالوا: بوجوب الْحدّ»[٣].

الْمذهب الثّالث: أنّ الْجماع المعتبر في فساد الْحجّ هو الذي يَفْسُدُ به الصّوم، وأنّ الإنزال نفسه يُفْسِدُ الْحجَّ، وكذلك مقدّماته من الْمباشرة والقبلة إذا أَنْزلَ. وهو مذهب الْمالكية، ورواية عند الحنابلة[٤].

---

(١) انظر: المهذّب ١/٦٩٥، والمجموع ٧/٢٥٥-٢٥٩، ومنتهى الإرادات ١/١٨٩، وشرح منتهى الإرادات ١/٤٩٠، والمحلّى ٥/١٩٧، و٢٠٠-٢٠١.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٧٢، و١٩٧، وبدائع الصّنائع ٢/٤٦٢.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٤٦٢.

(٤) اختارها الخرقي وغيره من الحنابلة.

=

وقد تقدّم ذكر مستند كلّ مذهبٍ عند توثيق المسألة من كلام الإمام ابن رشد.

وبالنّظر إلى المذاهب، وعمل المقارنة بينها، يُرَى أنّ الْمذهبَين: الأوّل والثّاني متقاربَان، وذلك أنّ كلاًّ منهما يَعْتَبِر الْجماع العرفِيّ، بِيدَ أنّ الأوّل اعتبر مطلق مغيب الْحشفة في الفرج، بغضّ النّظر إلى الفرج الْمغاب فيه هل هو معتادٌ أم لا، حينما اعتبر الْمذهب الثّانِي الفرج المعتاد، وبالتّالِي اختلفا في بعض التّطبيقات.

أمّا الْمذهب الثّالث فإنّه قال بالْمذهبَين جميعاً، وزاد عليه ما لَمْ يُطْلَقُ عليه الْجماعُ عرفاً؛ كالْمباشرة إذا حصل معها الإنزال، قياساً على الصّيام.

وفي الْحقيقة لا يُسلّم لهم هذا القول لِمَا يلي:

١-أنّ هذا القياس لا يُسَلَّم لهم فيه؛ لأنّ ترك مباشرة النّساء في نهار رمضان ركنٌ من أركان الصّيام؛ كترك الأكل والشّرب؛ فكان الاحتياط فيه أولى[1].

٢-ولأنّ الصّيام يُخالف الْحَجَّ في الْمفسدات، ولذلك يَفْسُدُ بتكرار النّظر مع الإنزال والْمَذْي وسائر مَحظوراته، والْحجّ لا يَفْسُدُ بشيءٍ من سائر مَحظوراته غير الْجماع فافترقا[2].

=

انظر: التّلقين ص ٢١٥، والمنتقى ٤/٨-٩، وبداية المجتهد ٢/٣١٣، ومختصر الخرقي ٥/١٦٩-١٧١، والمغني ٥/١٦٩-١٧٢.

(١) انظر: المهذّب ١/٥٥٨.

(٢) انظر: الْمغني ٥/١٧٠، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٩٠.

٣-أنّ المالكية قالوا فيمَنْ جامع امرأته دون الفرج؛ فأنزل فدخل مِنْ مائه في فرجها أنّه لا غُسلُ عليها إلاّ أن تلتذّ؛ فإذا كان الوطء دون الفرج مع الإنزال لا يوجِبُ الغُسل؛ فلئلاّ يفْسِدُ الْحجّ أليق[١].

يجاب عنه بأنّه خارج عن محلّ النّزاع.

وبهذا؛ فإنّ الأرجح في نظري هو القول بأنّ الْجماعَ الْمُفْسِدَ هو الذي يَجبُ به الْحَدُّ، والرّجل والمرأة في ذلك سواء يَفْسُدُ حَجُّهُ وحَجُّها[٢]. أمّا ما لا يوجِبُ الْحدّ فلا يُفْسِدُ الْحجّ.

مع العلم أنّه يَجب على الْمُحْرِم أنَ يَجْتَنِبَ جميع دواعي الْجماع من التّقبيل واللّمس بشهوة، والْمباشرة، والْجماع فيما دون الفرج لعموم قوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ۚ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى ٱلْحَجِّ﴾[٣]. وقد قيل في بعض وجوه تأويله: إنّه جميع حاجات الرّجال إلى النّساء، وسُئِلَت عائشةُ رضي الله عنها عمّا يَحل للمُحْرِم من امرأته؛ فقالت: يَحْرُم عليه كلُّ شيءٍ إلاّ الكلام[٤].

فمَنْ جامع فيما دون الفرج أنزل أو لَمْ يَنْزِل، أو قبّل، أو لَمَس بشهوةٍ أو بَاشَرَ؛ فعليه دمٌ؛ بدنة[٥] أو شاة[٦]؛ لحصول ارتفاقٍ كاملٍ

---

(١) انظر: الْمدوّنة ١/١٣٥، والتّهذيب ١/١٩٧، وشرح القلشاني ص ٣٩٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٦٢، والاستذكار ٣/٥٥٧، والْمغني ٥/١٧٠.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٧.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٢٥.

(٥) عند الْجمهور: الْمالكيّة، والشّافعيّة، والحنابلة.

انظر: الاستذكار ٣/٥٥٧، و٥٥٨، والْمنتقى ٤/٤،و٨-٩، ومختصر المزني ص ١٠٣، والمهذّب ١/٦٧٨، و٦٩٥، ومختصر الخرقي ٥/١٦٥، و٣٧٢، والمغني ٥/١٦٧.

(٦) عند الحنفية. انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٦٣.

مقصود، ولكن لا يَفْسُدُ حَجُّه؛ لأنّ ذلك حكمٌ متعلّقٌ بالْجماع في الفرج على طريق التّغليظ[١].

جاء في الْمُنتقَى: «القُبلَةُ مَمْنوعَةٌ لِحُرمةِ الإحرام؛ فإذا لَمْ تُفْضِ إلى الإنزال لَمْ يَجِبْ بها إلاّ الهدي، وإنّما وجب بها الهديُ؛ لأنّه أدخل على نُسُكِه نقصاً بما أتاه من الاستمتاع فلزمه الهدي لِيُجْبَرَ بذلك ما أدخله على نَسكه مِنَ النَّقص».

ثم قعّد قاعدةً قائلا:

«مسألة: وكلُّ ما فيه نوعٌ من الالتذاذ بالنِّساء؛ فإنَّهُ مَمْنوعٌ في حقّ الْمُحْرِم، فما كان لا يُفْعَلُ إلاّ للذّة؛ كالقبلة ففيه الهديُ على كلّ حال، وما كان يُفْعَلُ للّذّة ولغير لذّة؛ مثل: لَمس كفِّها أو شيءٍ من جَسَدها فما أتى مِنْ هذا كلّه على وجه اللّذّة فَمَمْنوعٌ، وما كان لغير لذّة فَمُباحٌ»[٢].

فَعُلِمَ بما سبق أنّه إذا لَمْ يَفْسُد حَجُّهُ؛ فإنّ الْهدي يلزمه؛ لكون الْمباشرة فيما دون الفرج مُحَرَّمةً عليه؛ لأنّه إذا حَرُمَ عليه النّكاح؛ فلأن تَحْرم الْمباشرة وهي أدْعَى إلى الوطء أولَى؛ فتجب به الكفارة[٣].

والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

ثُمّ لِيعلم أنّ الوطء في الدُّبر، واللّواط، وإتيان البهيمة؛ كالوطء في القُبُل في أحكام فساد الْحجّ إذا حصل مغيب حشفةٍ؛ لأنّ الْجميع وطءٌ[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٢٥/٢، والمهذّب ٦٩٥/١.

(٢) المنتقى للباجي ٩/٤-١٠.

(٣) انظر: جامع الأمّهات ص ٢٠٢-٢٠٣، والمهذّب ٦٧٨/١.

(٤) هذا مذهب المالكية والشّافعية والحنابلة، خلافاً للحنفية في المذهب والمالكية في =

فائدة: مراتبُ أحكام الاستمتاع على وِفْقِ ما يَحْصُل به مِن اللّذّة؛ فالوطء في الفرج أَبْلَغُ في الاستمتاع فأفسد الْحجَّ مع الإنـزال وعدمـه. والوطء دون الفرج دونَهُ؛ فأوجب البدنة، وأفسد الْحجّ عند الإنـزال[1]، والدّمّ عند عدمه، والقبلة دونَهما، فتكون دونهما فيما يَجِبُ بها، فَيَجب بها بدنَةٌ عند الإنزال من غير إفسادٍ، وتكرار النّظر دون الْجميع؛ فَيَجب به الدّم عند الإنزال، ولا يَجب عند عدمه شيءٌ[2].

ثم إذا عُلِمَ هذا؛ فإنّ فساد الْحجّ بالْجماع فيما إذا جامع متعمّـداً حال إحرامه، أمّا لو جامع ناسياً فلا يَفْسُد حَجُّهُ على الصّحيح[3]، وقـد تقدّم الكلام عن تأثير النّسيان في القاعدة الثّالثة.

=

قول، وتَخريجٌ عند الحنابلة؛ لأنّه لا يُوجِبُ الحدّ فأشبه الوطء فيما دون الفرج.
انظر: مختصر القدوري ص ٧٢، و١٩٧، وأشباه ابن نجيم ص ٣٣٤، والمنتقى ٢/٨، وشرح القلشاني ص ٣٩٦، و٣٩٨، والمهذّب ١/٦٩٥، والمجموع ٢/١٠٨-١٠٩، والمغني ٥/١٦٨، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٨٧.

(١) على مذهب المالكية ورواية عند الحنابلة، كما تقدّم.

(٢) انظر: الْمغني ٥/١٧٠-١٧١.

(٣) وهو قول الشّافعي في الجديد وعليه مذهب الشّافعيّة والظّاهريّة.
وذهب الجمهور: الحنفيّة، والمالكيّة والحنابلة، والشّافعي في القديم إلى استواء العمد والنّسيان، فمتَى جامع فَسَدَ حَجُّه.
انظر: مختصر القدوري ص٧٢، وبدائع الصّنائع ٢/٤٢٥، و٤٦٢-٤٦٣، والاستذكار ٣/٥٥٩-٥٦٠، والْمنتَقى ٤/٤-٥، و٨-٩، وبداية المجتهد ٢/٣١٣-٣١٤، وجامع الأمّهات ص ٢٠٢، والثّمر الدّاني ص ٣٢، والمهذّب ١/٦٨٤-٦٨٥، والمجموع ٧/١٩٠، و٢٢٤-٢٢٥، والْمغني ٥/١٧١، و٣٧٣، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٨٧، والمحلّى ٥/١٩٧، و٢٠٠-٢٠١.

من تطبيقات القاعدة:

١- أنّ مَغيب حشفة الذّكر في الفرج يُفْسدُ الْحجّ؛ أَنْزل أو لَمْ ينْزل، وهذا بلا خلاف، لأنّه جماعٌ يوجب الْحَدّ فأفسد الْحجّ[١].

٢- أنّ إتيان المرأة في الْموضع المكروه؛ كالدّبر، أو عَملَ عَمَلَ لوط حال الإحرام؛ فإنّ ذلك يُفْسدُ الإحرام؛ لأنّه يوجبُ الْحدَّ فأفسد الْحجّ[٢].

٣- أنَّ مَنْ قَبّل امرأته، أو لَمَسها، أو جامعها فيما دون الفرج، لَمْ يكن عليه في ذلك كلّه شيءٌ إلاّ الهدي، سواء أنزل أم لَمْ يَنْزِل؛ لأنّه فعلٌ لا يوجبُ الْحدَّ فلا يُفْسدُ الْحجّ[٣].

٤- إذا كان الْمُحْرِم صَبيّاً فوطئ عامداً؛ فعلى القول بأنّ عَمْدَهُ خطأ فيكون حكمه حكم النّاسي لا يلزمه شيءٌ، وعلى القول بأنّ عَمْدَهُ عَمْدٌ فسد نُسُكُهُ، وعليه الكفّارة[٤].

---

(١) انظر: الاستذكار ٣/٥٥٦-٥٥٩، وبداية المجتهد٢/٣١١، و٣١٢، ومختصر المزني ص ١٠٣، والمهذّب ١/٦٧٧، والمجموع ٧/١٨٩، والْمغني ٥/١٦٦،و٣٧٧، والإجماع ص١٧، ٢٣،والمحلّى٥/٢٠٠.

(٢) إلاّ عند أبي حنيفة؛ فإنّه قال: لا يُفْسدُهُ؛ لأنّه لا يوجب إلاّ التّعزير.
انظر: مختصر القدوري ص ١٩٧، وبدائع الصّنائع ٢/٤٦٢، وجامع الأمّهات ص ٢٠٢-٢٠٣، ومختصر المزني ص ١٠٣، والمغني ٥/١٦٨، ومنتهى الإرادات ١/٢٢، وشرح منتهى الإرادات١/١٥٧.

(٣) وقال المالكيّة: إذا أنزل فَسَدَ عليه حجّه. وهو رواية عند الحنابلة اختارها الخرقي وأبو بكر.
انظر: مختصر القدوري ص٧٢، وبدائع الصّنائع ٢/٤٢٥، و٤٦٢، والاستذكار ٣/٥٥٨-٥٥٩، ومختصر المزني ص ١٠٣، والمهذّب ١/٦٧٨،و٦٩٥، والمجموع ٧/١٩، و٢٥٥-٢٥٩، ومختصر الخرقي٥/١٦٩، والمغني٥/١٦٩-١٧٢، و٣٧٧، ومنتهى الإرادات١/١٨٩، وشرح منتهى الإرادات١/٤٩٠.

(٤) انظر: المهذّب ١/٦٨٥، و٦٩٣، والْمجموع ٧/٢٢، و٢٣، و٢٥٣.

٥- إنْ وطئ العبدُ في إحرامه عامداً فسد حَجُّهُ، ويجب عليه القضاء[١].

٦- أنّ الوطءَ في الدّبر، واللّواط، وإتيان البهيمة؛ كالوطء في القُبُـــل في إفساد الْحجّ؛ لأنّ الْجميع وطءٌ يوجِبُ الْحدَّ، فيُفْسِدُ الْحجَّ[٢].

---

(١) انظر: المهذّب ٦٩٣/١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٦٢/٢، والتّلقين ص٢١٥، وشرح القلشـــانِي ص ٣٩٦، والمهذّب ٦٩٥/١، والمجموع ١٨٩/٧-١٩٠، والمغنِي ١٦٨/٥، ومنتهى الإرادات ٢٢/١، وشرح منتهى الإرادات ١٥٧/١،و٤٨٧/٢.

المبحث الخامس: الضّابط السّادس والعشرون [٢٦]

[كلُّ مَا لا يَجوزُ للمحرِم ابْتَدَاؤُه وهو مُحْرِمٌ، لا يجوز لَهُ استِصْحَابُهُ وهو مُحْرِمٌ]

ذكر ابن رشد هذا الضّابط في مسألة جواز الطّيب للمُحْرِم عند الإحرام قبل أن يُحْرِمَ لِمَا يبقى من أثره عليه بعد الإحرام دليلاً لأحد الأقوال؛ حيث قال:

«وأمّا الشّيء الثّاني من المتروكات فهو: الطّيب؛ وذلك أنّ العلماء أجْمَعُوا على أنّ الطّيب كلّه يَحْرُم على الْمُحْرِم بالْحجّ والعمرة في حال إحرامه.

واختلفوا في جوازه للمُحْرِم عند الإحرام قبل أن يُحْرِمَ لِمَا يبقى من أثره عليه بعد الإحرام؛ فكَرِهَهُ قومٌ وأجازَه آخرون... ولَمَّا كان الإجماع قد انعقد على أنّ **كلَّ مَا لاَ يَجُوزُ للمُحْرِمِ ابْتِدَاؤُهُ وهو مُحْرِمٌ**؛ مثل لُبْس الثِّياب، وقتل الصَّيد **لا يَجُوزُ له اسْتِصْحَابُهُ وهو مُحْرِمٌ**؛ فوجب أن يكون الطِّيب كذلك»[١].

توثيق الضّابط:

لم أقف بعد البحث على مَنْ ذكر الضّابط بصيغته المذكورة، ولكن ورد مفاده في بعض كتب[٢] الفقهاء منها:

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٣٦-٢٣٨.

(٢) انظر: عقد الجواهر ١/١١٠، وقواعد المقرّي ١/٢٧٨، قاعدة: [٥٦]، و٢/٣٨٠، قاعدة: [١٣١]، وشرح القلشاني ص ٥٥٥، وتطبيقات القواعد عند المالكية ص ٧٦، و١١٠، والمنثور ١/٧٥.

ما جاء في التّمهيد: ((قالوا: لا يجوز لأحد إذا أراد الإحرامَ أن يَتطَيَّب قبل أنْ يُحرِم ثم يُحْرِم؛ لأنّه كما لا يجوز للمُحْرِم بإجماعٍ أن يَمَسَّ طيباً بعد أنْ يُحْرِم، فكذلك لا يجوز له أَنْ يَتطَيَّب ثُمَّ يُحْرِم؛لأنّ بقاء الطّيب عليه كابتدائه له بعد إحرامه لا فرق بينهما))[1].

وجاء فيه أيضاً –في معرض ذكره لِحُجَّة مَنْ قال بِمَنْعِ التّطيّب عند إحرامه ثم يُحْرِم–: ((مِنْ حُجَّة مَنْ قال بهذا القول من طريق النّظر: أنّ الإحرامَ يَمْنَع مِنْ لِبْسِ القمص والسّراويلات والْخفاف والعمائم، ويَمْنَع من الطِّيب، ومِنْ قتل الصّيد وإمساكه، فلَمَّا أجمعوا أنّ الرّجل إذا لَبِسَ قميصاً أو سراويل قبل أن يُحْرِمَ ثُمَّ أَحْرَم وهو عليه؛ أنّه يُؤْمَر بِنَزعِه، وإن لم يَنْزعه وتركه كان كَمَنْ لَبِسَهُ بعد إحرامه لِبْساً مستقلاًّ، ويجب عليه في ذلك ما يجب عليه لو اسْتَأْنَفَ لِبْسَهُ بعد إحرامه، وكذلك لو اصْطَادَ صيداً في الْحِلّ وهو حلالٌ فأمسكه في يده ثم أَحْرَم وهو في يده أُمِرَ بِتَخْلِيَته، وإن لَم يُخلّه كان إمساكه له بعد أن أَحْرَم كابتدائه الصّيد وإمساكه في إحرامه.

قالوا: فلما كان ما ذكرنا وكان الطّيبُ مُحَرَّماً على الْمُحْرِم بعد إحرامه كحرمة هذه الأشياء؛ كان ثبوت الطّيب عليه بعد إحرامه وإن كان قد تَطَيَّبَ به قبل إِحْرَامه كَتَطَيُّبِه بعد إِحْرَامه))[2].

ما جاء في المهذّب: ((وإن كان في مِلْكه صيدٌ فَأَحْرَمَ ففيه قولان:

أحدهما: لا يزول مِلْكُهُ عنه؛ لأنّه مِلْكٌ فلا يزول بالإحرام؛ كملك البضع.

---

(١) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٥٧/٨.

(٢) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٥٨/٨، وانظر: الاستذكار ٣٢٦/٣-٣٢٧.

والثّاني: يزول -مُلْكُهُ- عنه؛ لأنّه معنًى لا يُرَادُ للبقاء يَحْرُمُ على الْمُحْرِمِ ابْتِدَاؤُهُ فَحَرُمَت استدامته كَلُبْسِ الْمخيط»[١].

ما جاء في الْمغني: «ولأنّه -أي: الطّيب- يُمْنَعُ من ابتدائه، فَمُنِعَ استدامتُهُ كاللُّبْس»[٢].

وفيه: «فصل: وإذا نَزَع -الثّوب- في الْحال فلا فدية عليه؛ لأنّ النَّبيّ ﷺ لم يأمر الرَّجُلَ[٣] بفدية. وإن استدام اللُّبْسَ بعد إمكان نَزْعِه؛ فعليه الفدْية؛ لأنّ استدامةَ اللُّبْسِ مُحَرَّمةٌ كابتدائه؛ بدليل أنّ النَّبيّ ﷺ أمر الرّجُلَ بِنَزْعِ جُبَّته، وإنّما لم يأمره بفدية لما مضى فيما نَرَى؛لأنّه كان جاهلاً بالتّحريم، فجرى مجرى النّاسي»[٤].

وجاء فيه: «...وعكسُ هذا إذا كان -الصَّيدُ- في يده الْمشاهدة؛ فإنّهُ فَعَلَ الإمْسَاكَ في الصَّيد،فكان مَمْنُوعاً منه؛ كحالة الابتداء؛ فإنّ استدامة الإمساك إمساكٌ؛ بدليل أنّه لو حلف لا يُمْسِكُ شيئاً فاستدام إمساكه حَنِث»[٥].

شرح مفردات الضّابط:

للمُحْرِم: الذي أَحْرَم بِحَجٍّ أو عمرة أو قَرَن، وهو بذلك يُمسكُ عن أشياء مخصوصةٍ. وسُمِّيَ مُحْرِماً؛ لأنّه أدخل نفسه في شيءٍ حَرَّمَ

---

(١) المهذّب للشّيرازي ٦٨١/١. وانظر: المجموع ٢٠٢/٧.

(٢) المغني لموفّق الدِّين ابن قدّامة ٧٨/٥.

(٣) يقصد حديث قصة الأعرابي الذي جاء إلى النّبيّ ﷺ في الْجعرانة عام حنين. وسيأتي تخريجه إن شاء الله حيث ذُكرَ في المتن فقرة: من أدلّة الضّابط.

(٤) المغني لموفّق الدِّين ابن قدّامة ١٠٩/٥-١١٠.

(٥) الْمغني لموفّق الدِّين ابن قدّامة ٤٢٢/٥-٤٢٣.

عليه به ما كان حلالاً له، ورجلٌ مُحْرِمٌ، وجمعه: مُحْرِمُون، وامرأةٌ مُحْرِمَةٌ، وجمعها: مُحْرِمَاتٌ[1].

ابتداؤه: أي: إنشاؤه. والذي لا يجوز للمُحْرِم ابتداؤه هو ما عُرِف في كتب الفقه بجنايات الْمُحْرِم، أو مَمْنوعات الإحرام، أو موانع[2] الإحرام، أو محظورات الإحرام[3]، واصطلح عليه الإمام ابن رشد هنا بالمتروكات، وسيأتي ذكرها إن شاء الله قريباً.

استصحابه: أي: استدامته.

معنَى الضّابط الإجمالي:

موضوع هذا الضّابط هو موانع الإحرام. ويفيد الضّابطُ أنّ كلّ ما مَنَع الشّارِعُ الْمُحْرِمَ من ابتدائه حالَ إحرامه، فلا يَجوز له أن يفعله قبل إحرامه ثم يواصل ويستمرّ عليه ويستديمه بعد إحرامه.

وموانع الإحرام هي[4]:

---

(١) انظر: المفردات ص ١٢٢، وطلبة الطّلبة ص ١٠٩، و١١٨، والمصباح المنير ص ٥١، وبدائع الصّنائع ٢/٤٤٦، و٤٤٨، والرّسالة ص ١٨٠، وشرح حدود ابن عرفة ١/١٧٧-١٨٠، وفتح الباري ٣/٤٦٩، وأنيس الفقهاء ص ٤٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٨١.

(٢) الْموانع جمع: مانع، اسم فاعلٍ من مَنَعه وهو الْحاجز.
وفي الاصطلاح: ما يلزم من وجوده العدمُ ولا يلزم من عدمه وجودٌ ولا عدم لذاته؛ كالقتل في الْميراث، والْحيض في الصّلاة.
انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٥٣، وتسهيل الوصول إلى فهم علم الأصول ص ١٢.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٧٢، وبدائع الصّنائع ٢/٤٠٤، و٤٤٦، والتّمهيد ٨/٢٣، والإجماع لابن عبد البرّ ص ١٥٤، وعقد الْجواهر ١/٢٩٠، ومختصر الْمزني ص ٩٨، ومنتهى الإرادات ١/١٨٣.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٧٢-٧٤، وبدائع الصّنائع ٢/٤٠٤-٤٣٣، و٤٤٦-٤٥٣، =

١-إلقاء التّفث؛ مثل: إزالة الشّعر مِنْ جميع بدن الْمُحْرِم، وقلم الأظفار إلاّ أن يَنْكَسِر، وقتل القمل وهذا مجمع عليه[(١)]؛ لقول الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾[(٢)].

وقوله -تعالى-: ﴿ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾[(٣)]، وقلم الأظفار من قضاء التّفث[(٤)].

٢-قتل صيد البَرِّ؛ فقد أجْمَعَ[(٥)] الفقهاء على أنّه لا يَجوز له قتل الصّيد بلا عذرٍ ولا اصطياده،ولا أكلُ ما صاد هو منه؛ لقول الله -سبحانه تعالى-: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾[(٦)].

وقوله -تعالى-: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾[(٧)].

=

والرّسالة ص ١٨٠، والتّلقين ص ٢١٣، والتّمهيد ٢٣/٨-٦٨، و١٨٩-٢٢٣، والإجماع لابن عبد البرّ ص ١٥٤-١٦٠، وبداية الْمجتهد ٢٣٣/٢-٢٤٤، وعقد الجواهر ٢٩٨/١-٢٩٠، والذّخيرة ٣٠١/٣-٣٤٦، ومختصر الْمزني ص ٩٨، والْمهذّب ٦٦٠/١،والْمجموع ١٤١/٧-٢٣٦، ومختصر الْخرقي مع الْمغني ١١٢/٥-١٦٥، و١٦٢، والعدّة شرح العمدة ١٦٢/١-١٦٦، ومنتهى الإرادات ١٨٣/١-١٨٩.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤١٩/٢، وبداية الْمجتهد ٢٣٨/٢، والمهذّب ٦٦٨/١، والمجموع ١٦٤/٧-١٦٥، والْمغني ١٤٥/٥-١٤٧، ومنتهى الإرادات ١٨٣/١.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٦.

(٣) سورة الْحجّ، الآية: ٢٩.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤٢٣/٢، وغرر الْمقالة ص ١٨٠.

(٥) انظر:بدائع الصّنائع ٤٢٦/٢، والتّمهيد ٢٠٥/٨، و٢٠٧، و٢٢٠، وبداية المجتهد ٢٣٩/٢، والمهذّب ٦٧٨/١، والمجموع ١٩٢/٧، ومختصر الخرقي مع الْمغني ١٣٢/٥، و١٣٥، ومنتهى الإرادات ١٨٥/١.

(٦) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٧) سورة الْمائدة، الآية: ٩٦.

وجه الاستدلال من الآيتين الكريمتين: أنّهما تدلاّن بالوضوح على تحريم قتل صيد البَرّ للمُحْرِم ما دام مُحْرِماً ما لم يكن عذرٌ[١].

٣-مُجَامَعَة النّساء، ومقدّماتها كالْمباشرة دون الفرج لشهوة، فقد أجمع الْمسلمون على أنّها على الْحاجّ حرامٌ من حين يُحْرِم؛ وذلكَ لقوله تعالى: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾[٢].

قال ابن عبّاس -رضي الله عنهما-: الرّفث هو الْجماع. بدليل قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ﴾[٣]، يعني: الْجماع. وقيل: جميع حاجات الرّجال إلى النّساء[٤].

٤-عقد النّكاح[٥]، لقوله ﷺ: «لا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلاَ يُنْكَحُ، ولا يَخْطُبُ»[٦].

وجه الاستدلال منه: أنّ النّبيّ ﷺ نهى عن النّكاح، والإنكاح في

---

(١) انظر: سنن التّرمذي ٣/٢٠٤-٢٠٦، ومعالم السّنن ٢/٤٢٨-٤٢٩، وبدائع الصّنائع ٢/٤٢٧، و٤٣٠، و٤٤٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٧.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

(٤) انظر: المفردات ص٢٠٥، وبدائع الصّنائع ٢/٤٢٥، والمنتقى ٤/٨-٩، وأحكام ابن العربي ١/١٢٨، و١٨٨، وتفسير القرطبي ٢/٣١١، و٤٠٣، والذّخيرة ٣/٣٣٩، والمهذّب ١/٦٧٧-٦٧٨، والمجموع ٧/١٩٠، ومختصر الخرقي مع الْمغني ٥/١١٢، ومنتهى الإرادات ١/١٨٨، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٨٧.

(٥) هذا عند الجمهور: المالكية والشّافعية والحنابلة. وأمّا الحنفية فلا يرون عقد النّكاح من موانع الإحرام. انظر: أحكام الجصاص ٥/٣٣١، وبدائع الصّنائع ٢/٤٢٥، و٦١٣، والمراجع الآتية.

(٦) من حديث عثمان بن عفّان رضي الله عنه، أخرجه مسلم في صحيحه ٢/١٠٣٠، كتاب النّكاح، باب تحريم نكاح الْمحرم، وكراهة خطبته، برقم: (١٤٠٩).

حال الإحرام نَهْيَ تَحريمٍ، فلو عقد لم ينعقد، سواء كان الْمُحْـرِمُ هـو الزّوج والزّوجة، أو العاقد لهما بولاية، أو وكالة؛ فالنّكاح باطلٌ في كـلّ ذلك حتّى لو كان الزّوجان والوليّ مُحلّين ووكّل الوليُّ أو الزّوجُ مُحْرِماً في العقد لم يَنْعَقد.

أمّا قوله: «ولا يخطب»، فهو نَهْيُ تَنْزيه ليس بِحرامٍ. وكذلك يُكْرَه للمُحْرِم أن يكون شاهداً في نكاحٍ عقده الْمُحلّون[1].

٥-مسّ الطّيب؛فقد أجمع الفقهاء على أنّ الطِّيبَ كلّه يحرم على الْمحرم بالْحجّ والعمرة في حال إحْرامه. والْحكمة التي في منع الْمحرم مـن الطّيب أنّه من دواعِي الْجماع ومقدّماته التي تفسد الإحرام، وبأنّـه ينافي حال الْمحرم؛ فإنّ الْمحرم أشعث أغبر[2].

٦-تغطية الْمُحْرِم الذّكر رأسه بِمُلاصِقَةٍ؛ كالطّاقية والعمامة والغُتـرة أو نحو ذلك. وهذا مجمع عليه[3].

---

(١) انظر: سنن التّرمذي ٣/١٩٩-٢٠١، ومعالم السّنن ٢/٤٢١-٤٢٣، والتّمهيـد ٨/١٩٧، وبداية الْمجتهد ٢/٢٤٢-٢٤٤، وشرح النّووي على مسلم ٩/١٩٧-١٩٨، والمجموع ٧/١٨٥، و١٨٨، ومختصر الْخرقي ٥/١٦٢، والْمغني ٥/١٦٢، و١٦٤، ومنتهى الإرادات ١/١٨٧.

(٢) انظر: سنن التّرمذي ٥/٢١٠، وبـدائع الصّـنائع ٢/٤١٥، والمعونـة ١/٥٢٥، والتّمهيد ٨/٢٣، و٣٤، و٣٩، و٥٣، و٥٧، والمهذّب ١/٦٧٣، والمجموع ١٧٦-١٧٨، و١٨٣، و١٨٥، وفتح الباري ٤/٦٣، ومختصر الخرقي مع المغني ٥/١٤٠، و١٤٢-١٤٣، و١٤٩-١٥٠.

(٣) انظر: التّمهيد ٨/٢٣-٢٤، و٢٧-٢٨، والمهذّب ١/٦٦٩، والمجمـوع ٧/١٦٧، ومختصر الخرقي مع الْمغني ٥/١٥٠، ومنتهى الإرادات ١/١٨٤.

٧-لِبْسُ الْمخيط؛ فقد أجمع أهل العلم على أنّ الْمُحْرِمَ الذّكرَ مَمْنُوعٌ من لِبْسِ الْمخيط(١). والْمراد تَحريْمُه ما يَلْبَسُ على الْموضع الذي جعل له ولو في بعض البدن، ممّا يوجب رفاهية للجسد كان مُخيطاً أو مُحيطاً.

وذلك لقوله ﷺ للذي سأله: ما يَلْبَسُ الْمُحْرِم من الثِّياب؟ فقال ﷺ: «لا تَلْبَسُوا القُمُصَ، ولا الْعَمَائمَ، ولا السَّرَاويلاَت، ولا البَرَانسَ، ولا الْخفَافَ، إلاّ أَحَدٌ لاَ يَجدُ النَّعْلَيْن؛ فَلْيَلْبَس الْخُفَّين، وَلْيَقْطَعْهُمَا أَسْفَلَ مِنَ الْكَعْبَين، وَلاَ تَلْبَسُوا مِنَ الثِّياب شيئاً مَسَّهُ الزَّعْفَرَانُ ولا الوَرْسُ»(٢).

وجه الاستدلال: حيث دلّ الْحديث على أنّ الْمُحْرِمَ الذّكرَ لا يَلْبَسُ الْمذكورات ويَلْبَسُ ما سوى ذلك، وقد أجمع العلماء على أنّه لا يجوز للمُحْرِمِ لِبْسُ شيءٍ من هذه الْمذكورات، وأنّه نبَّهَ بالقميص والسّراويل على جميع ما في معناهما، وهو ما كان مُحيطاً أو مُخيطاً على قدر البدن، أو قدر عضوٍ منه، ونبَّه ﷺ بالعَمَائمِ والبَرَانِس على كلّ ساترٍ للرّأس؛ مُخيطاً كان أو غيرَه حتَّى العصابة؛ فإنّها حرامٌ، فإن احتاج إليها لشجة أو صداعٍ أو غيرهما شدَّها ولزمته الفدية؛ لأنّ إحرام الرّجل في رأسه. ونَبَّه ﷺ بالْخِفَاف على كلّ ساترٍ للرّجل من مداسٍ، وجمجمٍ، وجوربٍ وغيرها، وهذا كلّه حكم الرّجال.

---

(١) انظر: التّمهيد ٥٧/٨، والمهذّب ٦٦٠/١، والْمغني ١١٩/٥، ومنتهى الإرادات ١٨٤/١.

(٢) مُتَّفق عليه من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما. أخرجه البخاري في صحيحه ٤٦٩/٣، كتاب الْحجّ، باب ما لا يَلْبَسُ الْمُحْرِم من الثِّياب، برقم: (١٥٠٨)، ومسلم في صحيحه ٨٣٤/٢، كتاب الْحجّ، باب ما يُباحُ للمُحْرِمِ بحجٍّ أو عمرةٍ وما لا يُباحُ برقم: (١١٧٧)، واللّفظ له.

وأمّا الْمرأة فيُباح لها ستر جميع بدنها بكلّ ساترٍ من مُخيط وغيره إلاّ ستر وجهها؛ فإنّه حرام بكلّ ساترٍ؛ وقد أجمع الفقهاء على أنّ إحْرَام الْمرأة في وجهها، لقوله ﷺ: «...ولا تنتقب المرأةُ الْمُحْرِمَةُ، ولا تَلْبَس القَفَّازين»[١]، وأنّ لها أن تكشفَ وجهها وتستر شعرها، وأنّ لها أن تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سدلاً خفيفاً تستر به عن نظر الرّجال إليها[٢].

وقوله ﷺ في قصّة الذي وقصته دابته: «اغْسلُوهُ بمَاء وَسدْر، وكَفِّنُوهُ في ثَوبَيْه، ولا تُخمِّروا رأسه؛ فإنَّ الله يُبْعَثُهُ يومَ القِيَامَة مُلَبِّياً»[٣].

وجه الاستدلال من الْحديث: أنّ النَّبيّ ﷺ أمرهم بأن يكفِّنُوه في ثوبيه، يدلّ على مَنْعه من لبْسِ الْمخيط، كما نَهاهم عن إمساسه طيباً، وعن تخمير رأسه؛ فإذا مُنِعَ الْميِّت الذي قد سقط عنه التّكليف من الطِّيب لإحرامه؛

(١) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أخرجه البخاري في صحيحه ٦٣/٤، كتاب جزاء الصّيد، باب ما يُنْهَى من الطّيب للمُحْرِم والْمُحْرِمة، برقم: (١٧٩٤).

(٢) انظر: معالم السّنن ٤١٠/٢، و٤١٦، وبدائع الصّنائع ٤٠٧/٢-٤١٠، والرّسالة ص ١٨٠، والْمعونة ٥٢٥/١-٥٢٦، والتّمهيد ٢٤/٨، و٢٥-٦٧، وبداية المجتهد ٢٣٥/٢، والذّخيرة ٣٠٣/٣، والمهذّب ٦٧٢/١، والمجموع ١٦٧/٧-١٧٥، وشرح النّووي على مسلم ٣١٤/٨، وفتح الباري ٤٧٠/٣، و٤٧٢، ومختصر الخرقي ١٥٤/٥، و١٥٧، والْمغني ١٥١/٥، و١٥٣-١٥٤، و١٥٧، ومنتهى الإرادات ١٨٩/١.

(٣) أخرجه من حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما البخاري في صحيحه ١٦٢/٣-١٦٤، كتاب الجنائز، باب الكفن في ثوبين، برقم: (١٢٣٤)، وباب الحنوط للميّت، برقم: (١٢٣٥)، وباب كيف يُكَفَّن الْمُحْرِم؟ برقم: (١٢٣٦)، وفي ٧٦/٤، كتاب جزاء الصّيد، باب الْمُحْرِم يموت بعرفة، برقم: (١٨٠٤-١٨٠٥)، ومسلم في صحيحه ٨٦٥/٢-٨٦٧، كتاب الْحجّ، باب ما يُفْعَل بالْمحرم إذا مات، برقم: (٩٨/١٢٠٦)، واللّفظ له.

فالْحَيّ أَوْلَى، وقد حَكَى غير واحد الإجماعَ على منع الْمحْرِم منها[١].

تنبيه: الإحرام الفاسد[٢]؛ كالصّحيح في منع الْمحظورات المذكورة؛ لأنّ حكمه باقٍ في وجوب ما يَجبُ في الإحْرام، فكذلك ما يَحْرُمُ بـــه. ولأنّ الجناية على الإحرام الفاسد توجب الجزاء؛ كالجناية على الصّحيح[٣].

تقسيمات مَحظورات الإحرام باعتبارات مختلفة:

أوّلاً: تنقسم مَحظورات الإحرام بالنّظر إلى الإثْم والفديـــة إلى أربعـــة أقسام[٤]:

الأوّل: ما يُباحُ تعمّدُ ارتكابِها للحاجة ولا حرمة ولا فدية فيها، وهو ما فيه مشقّةٌ لا يُتحَمَّل مثلها، وليس في مقدور الْمُحْرِم. مثاله: لـــبْسُ السّراويل لِمَن لَم يَجدِ الإزار، أو لبس الْخفَّين لِمَن لم يَجدِ النّعلين، أو إزالة الشّعر في العين، أو نزل شعر الرّأس على عينه فغطّاها فقطع

---

(١) انظر: معالم السّنن ٢/٤٠٨، وشرح مسلم للنّووي ٨/٣٦٦، والمغنِي ٥/١٤٠، وأوضح الْمسالك ص ٨٠.

(٢) الإحرام الفاسد، هو الذي جامع فيه الْمُحْرِمُ. انظـــر: المبســـوط ٤/١٧٦، وعقـــد الجواهر ١/٢٩٥، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥٤، والخلاصة الفقهيـــة ص ٢٩٤-٢٩٥، والمجموع ٨/١٧٠، و١٨٢، والتّمهيد للأسنوي ص ٥٩-٦٠، والْمغنـــي ٥/٥٣، و١٦٥-١٦٩، و٢٠٥-٢٠٦.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

(٤) انظر: التّمهيد ٨/٢٩-٣١، و٣٣-٣٥، و١٩٣، والذّخيرة ٣/٣٠١، فما بعدها، ومختصر الْمزنـــي ص ٩٨، والْمهـــذّب ١/٦٦٠-٦٨٧، ،والمجمـــوع ٧/١٤٧، و١٨٥، و٢٢١-٢٢٣، وشرح النّووي على مسلم ٨/٣١٤، وفتح الباري ٣/٤٧١، والْمغنِي ٥/١٠٩-١١٠، و١٤٠، و١٤٣، و١٦٥، ومنتـــهى الإرادات ١/١٨٤، وأوضح الْمسالك ص ٦٩-٧٠.

ما غطى العين، أو انْكَسَرَ شيءٌ من ظفره فقطع ما انكسر منه، أو صال عليه صيدٌ فقتله دفعاً عن نفسه جاز ولا كفّارة عليه.

الثّاني: ما في ارتكابها إثمٌ ولكن لا فدية فيه. مثاله: عقد النّكاح؛ لأنّه عَقْدٌ فَسَدَ لأجل الإحرام؛ فلم تَجِبْ به فِدْيَةٌ كشراء الصَّيد.

الثّالث: ما يجب في تعمّد ارتكابها الفدية، ولكن ليس عليه الإثم، لوجود عذرٍ، مثال: إذا احتاج الرّجل إلى اللّبس، أو المرأة لستر وجهها، أو حلق الرّأس للأذَى. والفرق بين هذا وبين الأوّل: أنّه في الأوّل غير قادرٍ وهنا قادرٌ لكن فعله لعذرٍ.

الرّابع: ما يجب في ارتكابها مُتعمِّداً الفدية، ويثبت الإثم لعدم عذرٍ شرعيٍّ.

مثاله: لو مَسَّ طيباً، أو صاد صيداً مختاراً عالماً بالحرمة.

ثانياً: تنقسم الْمحظورات بالنّظر إلى ما يَحْرُمُ على الذّكور دون الإناث وبالعكس إلى ثلاثة أقسامٍ[١]:

الأوّل: قسمٌ يَحرُم على الذّكور دون الإناث. وهو تغطية الرّأس، ولِبْسُه الْمُخيطَ.

الثّاني: قسمٌ يَحرُم على الأُنْثَى وفي الذّكور خلافٌ؛ وهو تغطية الوجه[٢].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٠٧-٤١٠، والرّسالة ص ١٨٠، والتّمهيد ٨/٢٣، و٢٥-٢٧، ومختصر الْمزني ص ٩٨، والمهذّب ١/٦٧٢، والمجموع ٧/١٧٦، وفتح الباري ٣/٤٧٠، وأوضح الْمسالك ص ٧٠.

(٢) تغطية الوجه بالنّسبة للرّجل فيه خلافٌ. ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية، إلى عدم جواز تغطية وجهه أيضاً كالمرأة. ومذهب الشّافعية والحنابلة جواز تغطية الرّجل وجهه.

ولعلّ الصّواب أنّه تُباحُ للرَّجُلِ تغطيةُ وجهه؛ لأنّ قوله ﷺ : «لا تُخَمِّروا وَجْهَــهُ» =

الثّالث: قسم يستوي فيه الذّكور والأُنْثَى في الْحرمة. وهو باقي الْمحظورات.

ثالثاً: تنقسم مَحظورات الإحرام بالنّظر إلى عَمْدِهِ وعذرِه إلى قسمين[1]:

الأوّل: ما كان من قبيل أحكام التّكليف؛ فإنّ حكم عمده يختلف عن عذره؛ ففي عمده لحوق الإثم وثبوت الفدية، وأمّا في عذره -كالجهل أو النّسيان أو الإكراه وغيره من الأعذار المسقطة للتّكليف- فلا يكون في ذلك لحوق الإثم ولا ثبوت الفدية.

مثاله: مَنْ تَعمَّد لِبْسَ الْمُخِيط أو الطِّيب فهو آثم وعليه الفدية، بخلاف مَنْ فعل أحدهما سهواً أو نسياناً؛ فإنّه يجب عليه نَـزْعُ اللّباس وغسل الطّيب في حينه، ولا يأثم وليس عليه الفدية؛ وذلك لحديث قصة الأعرابي صاحب الْجبَّة[2]؛ حيث أمره بالنّزع ولم يأمره بالفدية؛ فدلّ على أنّ الْجاهل لا فدية عليه، وإذا ثبت هذا في الْجاهل ثبت في النّاسي؛ لأنّ حكم الجاهل إذا عَلِمَ حكمُ النّاسي إذا ذَكَرَ، وكذا العكس. أمّا لو

=

في قصّة الذي وقصته راحلته، والذي استدلّ به المانعون،فيه ضعفٌ، والمتّفق عليه هو قوله: «ولا تُخمِّروا رَأْسَهُ». والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

انظر: مختصر القدوري ص ٧٢، والمعونة ٥٢٥/١، وتهذيب المدوّنة ٥٩٩/١، وعقد الجواهر ٢٩٠/١، ومختصر المزني ص ٩٨، والْمغني ١٠٩/٥، و١٥٣.

(١) انظر: التّمهيد ٣٣/٨-٣٥، و٥٨، و٦٤-٦٨، ومختصر الْمزني ص ٩٩، والمهذّب ٦٧٨/١، و٦٨٤-٦٨٧، والمجموع ١٩٠/٧، و١٩٦، و٢٢٤-٢٢٦، ومختصر الْخرقي ٣٩١/٥، والْمغني ٥٣/٥، و١٠٩، و٣٩١-٣٩٣.

(٢) يأتي تَخريجه قريباً؛ حيث ذكر في فقرة: من أدلّة الضابط.

أمكنه التّخلّص واستدام لزمته الفِدية؛ لأنّه غير معذورٍ فأشبه إذا ابتدأه وهو عَالِمٌ بالتّحريم.

وأيضاً هذا النّوع لا فدية على الصّبِيّ فيه؛ لأنّ عَمْدَه خطأٌ.

الثّانِي: ما كان من قبيل أحكام الوضع فإنّ حكم عمده أيضاً يختلف عن عذره ولكن في لحوق الإثم فقط؛ فالعامد آثم وصاحب العذر غير آثمٍ.

أمّا في ثبوت الفدية فعمده وعذره سواء لا يختلفان؛ فيلزم المعذور الفدية كما تلزم العامد؛ لأنّه من قبيل ربط المسبّبات بأسبابها.

مثال ذلك: قتل الصّيد، من تعمّد قتله من غير عذرٍ فهو آثم وتلزمه الفدية، وأمّا المعذور؛ كالجاهل والنّاسي والمكرَه فالإثم عنه مرفوعٌ وساقطٌ، ولكن تلزمه الفدية؛ لِما تقرّر أنّ الأعذار الشّرعية لا تأثير لها في إسقاط أحكام الوضع، وأنّ الواجب لا يسقط بالنِّسيان، وأنّ العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء[1].

تقسيم الْموانع الشّرعية عموماً:

مِمّا يُعْلَم أنّ كلّ حكمٍ يتوقّف على ثلاثة أشياء هي: وجود الشّرط، والسّبب، وانتفاء الْمانع؛ والْمانع ينقسم ثلاثة أقسام[2]:

---

(١) ما ذكرته هنا بناء على ما تقدّم تقريره في القاعدة الثّالثة من هذه الرّسالة من أنّ النّسيان فيما كان من قبيل الْمنهيات ومحظورات العبادة يسقط الإثم به، وأنّه لا تبطل عبادة النّاسي ولا يدخلها النّقص فلا تلزمه الفدية.
وانظر: التّمهيد ٦٤/٨-٦٥، والْمهذّب ٦٧٨/١، و٦٨٤-٦٨٧، والمغني ٣٩١/٥-٣٩٢.

(٢) انظر: الفروق ١١٠/١، وتنقيح الفصول ٧٠/١-٧١، و٣٢٦/٣، وقواعد المقرّي ٣٨٠/٢، قاعدة:[١٣١]، والمغني ٣٨٩/٥، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥٢-٥٣، =

الأوّل: مانعٌ للدّوام والابتداء معاً؛ كالإحرام بالنّسبة لِلبْس الْمخيط؛ فإنّه مانعٌ منه ابتداءً ودواماً. ومعنَى منعه ابتداءً؛ أنّه يَمنع ابتداء لِبْس الْمخيط؛ إذ لا يجوز للمُحْرِم لِبْس الْمخيط ابتداءً.ومعنَى منعه دواماً؛ أنّه لو كان على الْمُحْرِمِ الْمخيط؛فإنّه يلزمه نَزْعه.

الثّاني: مانعٌ للابتداء فقط دون الدّوام؛ كالإحرام بالنّسبة إلى النّكاح؛ فإنّ الإحرام يمنع ابتداء عقد النّكاح ما دام مُحْرِمًا، ولا يَمْنَع من الدّوام على نكاحٍ قبله.

الثّالث: مانعٌ للدّوام دون الابتداء؛ كالطّلاق؛ فإنّه مانعٌ من الدّوام على النّكاح الأوّل، ولا يمنع ابتداء نكاحٍ ثانٍ.

قال في مراقي السّعود[1]:

ما من وجوده يجيء العدمُ ... ولا لزوم في انعدام يعلمُ

بِمَانعٍ يَمنع للدّوامِ ... الابتداء أو آخر الأقسام

أو أوَّلٍ فقط على نزاعِ ... كالطَّوْل الاسبتراءِ والرّضاعِ

من أدلّةُ الضّابط:

يُستدَلّ للضّابط بقصّة الأعرابِي الذي عليه جُبَّةٌ وعليها خَلُوقٌ[2] (أو أَثَرُ صُفْرَةٍ) وسأَلَ النَّبيّ ﷺ قائلاً: كَيْفَ تَأْمُرُني أَنْ أَصْنَعَ في عُمْرَتي؟... ثم قال

=

ونثر الورود ص ٥٧، وتقرير القواعد ص ٢٧٤، وشرح السّعدية ص١٢٦.

(١) مراقي السّعودي للعلوي ص ٥٧.

(٢) خَلُوقٌ، نوعٌ من الطّيب يعمل فيه زعفران. انظر: شرح النّووي على مسلم ٣١٧/٨.

النَّبيّ ﷺ : «اغْسلْ عَنْكَ أَثَرَ الصُّفْرَة (أو قال: أَثَرَ الْخَلُوق)، واخْلعْ عَنْكَ جُبَّتَكَ، واصْنَعْ في عُمْرَتكَ مَا أَنْتَ صَانعٌ في حَجِّكَ»[١].

وجه الاستدلال: أنّ قوله: «اغْسلْ عَنْكَ أَثَرَ الصُّفْرة» نَصٌّ صريحٌ في تحريم الطّيب على الْمُحْرِم ابتداءً ودواماً؛ لأنّه إذا حُرِمَ دواماً فالابتداء أَوْلَى بالتّحريم[٢].

وقوله: «واخْلعْ عَنْكَ جُبَّتَكَ»، دليلٌ صريحٌ واضحٌ على تحريم استدامة لِبْس الْمخيط؛ حيث أمره بنَزْعه حالاً[٣].

وفي الحديث دليلٌ على إعذار الجاهل وعدم مؤاخذته ولا تغريمه؛ حيث لم يأمره النَّبيّ ﷺ بفدية ولا بشيءٍ سوى خلع الجبّة، وإزالة أثر الصّفرة، ومثله النّاسي وسائر أصحاب الأعذار.

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

لم تَختلف المذاهب الفقهية في استعمال هذا الضّابط في الجملة، وإن اختلفوا في بعض مسائل تتعلّق به؛ مثل: جواز تطيُّب الْمحرم عند إحرامه بما يُرَى بعد الإحرام في الْمفارق والشّعر، ويُوجَدُ رِيحُهُ مِنَ الْمُحْرِم[٤].

هذه الْمسألة فيها خلافٌ جارٍ بين الْجمهور: الحنفية والشّافعية

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣/٤٦٠، كتاب الْحجّ، باب غَسلِ الْخَلُوق، برقم: (١٥٠٢) تعليقاً، و٣/٧١٨، باب يفعل بالعُمرة ما يفعل بالْحجّ برقم: (١٧٤٦)، ومسلم في صحيحه ٢/٨٣٦، كتاب الْحجّ، باب ما يباح للمُحرم بحجٍّ أو عمرة وما لا يباح، برقم: (١١٨٠)، واللّفظ له.

(٢) انظر: التّمهيد ٨/٥٧، وشرح النّووي على مسلم ٨/٣١٨، وفتح الباري ٣/٤٦٢.

(٣) انظر: الْمراجع السّابقة.

(٤) انظر: التّمهيد ٨/٦٣-٦٥، والاستذكار ٣/٣٢٦، ٣٢٧، ومختصر المزني ٥/٧٧، و١٠٩، و١٢٩، و١٤٢، و١٤٩، والْمغني ٥/٥٣، و١٠٩، و١٣٥، و٣٩١-٣٩٣.

والحنابلة، وبين المالكية.

المذهب الأوّل: مذهب الجمهور، وهو استحباب التّطيُّب عند إرادة الإحرام في بدنه خاصّةً، وجواز استدامته بعد الإحرام(١).

والمذهب الثّاني: مذهب المالكية، وهو أنّه يُكرَهُ له ذلك ولكن لا فدية عليه(٢).

أدلّة الجمهور:

١-قول عائشة -رضي الله عنها-؛ زوج النّبيّ ﷺ : ((كُنْتُ أُطَيِّبُ رسولَ الله ﷺ لإحْرَامِهِ قبل أَنْ يُحْرِمَ،ولحلّه قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بالْبَيْت))(٣).

٢-وعنها -رضي الله عنها- أنّها قالت: ((كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَى وَبِيصِ(٤) الطِّيبِ فِي مَفْرِقِ(٥) رسول الله ﷺ وهو مُحْرِمٌ))(٦).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤١٨/٢، والتّمهيد ٤٤/٨، و٤٦، و٥٧، و٥٩، ومختصر المزني ص ٩٨-٩٩، والمهذب٦٦٠/١، والمجموع ١٤٤/٧، و١٤٦-١٤٧، و٢٠٢، ومختصر الخرقي والمغني٧٧/٥-٨٠، وشرح مسلم ٣٣٦/٨، وفتح الباري ٤٦٦/٣، و٤٦٧.

(٢) انظر: المعونة ٥٣٠/١، وتهذيب المدوّنة ٦٠٩/١، والتّمهيد ٢٣، و٣٩، و٤٤-٤٦، و٤٨-٤٩، و٥٣، و٥٧-٥٩، وبداية المجتهد ٢٣٧/٢، وعقد الجواهر ٢٩٥/١.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٦٣/٣،كتاب الحج، باب الطّيب عندالإحرام، برقم: (١٥٠٥)، ومسلم في صحيحه ٨٤٦/٢، كتاب الحج، باب الطّيب للمُحْرِمِ عند الإحرام، برقم: (١١٨٩)، واللّفظ له.

(٤) الوبيص هو: البريق واللّمعان والتلألؤ، ويدلّ على وجود عينٍ قائمةٍ لا الرّيح فقط. انظر: المجموع ١٤٢/٧، وفتح الباري ٤٦٥/٣.

(٥) المَفْرِقُ، هو: المكان الذي يفترق فيه الشّعر في وسط الرّأس. وقد ذُكرت بصيغة الجمع (مفارق) في بعض روايات الحديث تعميماً لجوانب الرّأس التي يفرق فيها الشّعر. انظر: المجموع ١٤٢/٧، وفتح الباري ٤٦٥/٣.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٦٣/٣، في الموضع السّابق، برقم: (١٥٠٤)، =

وجه الاستدلال بهما: أنّ الْحديث الأوّل نصٌّ في محلّ الخلاف؛ حيث دلّ على استحباب الطِّيب عند إرادة الإحرام.

والْحديث الثّاني دلّ على أنّه لا بأس باستدامته بعد الإحرام، وإنّما يَحْرُمُ ابتداؤه في الإحرام[1].

٣-ولأنّ استدامة الطِّيب ليس بطيبٍ؛ بخلاف اللُّبْس؛ فإنّ استدامته لبْسٌ[2].

٤-وأيضاً قالوا: إنّ الطِّيبَ معنًى يُرَادُ للاستدامة فلم يَمْنَعِ الإحرامُ من استدامته كالنّكاح[3].

واستدلّ المالكية بحديث قصّة الأعرابي صاحب الْجبّة، وفيه أنّ النّبيّ ﷺ قال له: «اغْسلْ عَنْكَ أَثَرَ الصُّفْرَةِ (أو قال: أثَرَ الْخَلُوقِ)، واخْلِعْ عَنْكَ جُبَّتَكَ، واصْنَعْ فِي عُمْرَتِكَ مَا أَنْتَ صَانِعٌ في حَجِّكَ»[4].

وجه الاستدلال به:أنّه ﷺ أمره بغسل أثر الصُّفرة عنه، ونزع جبّته، ففيه تحريم الطِّيب على الْمُحْرِمِ ابتداءً ودواماً؛لأنّه إذا حَرُمَ دواماً فالابتداء أَوْلَى بالتّحريم[5].

=

ومسلم في صحيحه ٨٤٧/٢، في الْموضع السّابق برقم: (١١٩٠)، واللّفظ له.

(١) انظر: شرح النّووي على مسلم ٣٣٦/٨، وفتح الباري ٤٦٣/٣-٤٦٧.

(٢) انظر: فتح الباري ٤٦٧/٣.

(٣) انظر: المجموع ١٤٧/٧.

(٤) تقدّم تخريجه عند ذكر أدلّة الضابط ص ٥٦٨.

(٥) انظر: المعونة ٥٣٠/١، والتّمهيد ٤٦/٨-٤٨، و٥٧-٥٨، وبداية المجتهد ٢٣٧/٢، وشرح النّووي على مسلم ٣١٨/٨، وفتح الباري ٤٦٢/٣.

وأيضاً: قياسه على اللِّبْس؛ فإنّه لا يجوز له استدامته؛ فكذا الطِّيب[(١)].

وقالوا: إنّ حديث عائشة رضي الله عنها من خصائص النّبيّ ﷺ[(٢)].

وأجاب الْجمهور عن حديث قصّة الأعرابي بأنّ القصّة كانت عام حنين بِالْجُعْرَانة، سنةَ ثمانٍ بلا خلاف، وحديث تطييب عائشة رضي الله عنها بيديها للنّبيّ ﷺ كان في حِجَّة الوداع سنةَ عشرٍ، هذا بلا خلاف بين أهل العلم بالسِّيَر والآثار وإنّما يؤخذ بالآخر فالآخر من الأمر، والمتأخّر يَنْسَخ المتقدِّمَ؛ فكان العمل على المتأخِّر[(٣)].

وبأنّ الْمأمور بغَسله في قصة الأعرابي إنّما هو الْخلُوق لا مطلق الطِّيب[(٤)].

وأنّ دعوى الخصوص في حديث عائشة رضي الله عنها غير مسلَّمٍ لها[(٥)].

والذي يترجّح في نظري والعلم عند الله هو جواز الطّيب للمُحْرِم عند الإحرام قبل أن يُحْرِمَ، ولو بقي عليه أثره بعد الإحرام. وذلك لما يأتي:

١-قوّة أدلّة هذا القول وصراحتها وسلامتها من الاعتراضات.

٢-عدم صحّة قياسهم؛ لأنّ استدامة الطِّيب ليس بطيبٍ؛ بخلاف اللِّبْس؛ فإنّ استدامته لِبْسٌ.

٣-أنّ أدلّة المانعين لا تقاوم أدلّة هذا القول.

---

(١) انظر: التّمهيد ٨/٦٤، وبداية المجتهد ٢/٢٣٧.

(٢) انظر: التّمهيد ٨/٤٨، و٥٨-٥٩.

(٣) انظر: التّمهيد ٨/٤٧، و٦٤، والمجموع ٧/١٤٧-١٤٨، وفتح الباري ٣/٤٦٢، والمغني ٥/٧٩.

(٤) انظر: المراجع السّابقة.

(٥) انظر: التّمهيد ٨/٤٨.

قال في التّمهيد: «لا مَعْنَى لِمَنْ قاس الطِّيبَ على الثّياب والصَّيد؛ لأنّ السّنة قد فرّقت بين ذلك؛ فأجازت التّطيّب عند الإحرام بما يُرى بعد الإحرام في الْمفارق والشّعر، ويُوجَدُ رِيحُه من الْمُحْرِمِ، وحظّرت على الْمُحْرِمِ أنْ يُحْرِمَ وعليه شيءٌ من الْمخيط أو بيده شيءٌ من الصَّيد، ومَنْ جَعَلَ الطِّيبَ قياساً على الثّياب والصّيد، فقد جمع بين ما فرَّق رسول الله ﷺ، وأكثر الْمسلمين بينه.

وقد شبّه بعضُ الفقهاء الطِّيبَ قبل الإحرام بالواطئ قبل الفجر يصبح جُنُباً بعد الفجر، ولم يكن له أَنْ يُنْشِئَ الْجنابةَ بعد الفجر، وهو قياسٌ صحيحٌ إنْ شاء الله»[1].

تنبيهات:

أوّلاً: لو طيّب ثوبَهُ عند إحرامه وبقي أَثَرُهُ على إحْرامِهِ فله استدامة لِبْسِهِ ما لم يَنْزِعْهُ، وإنْ نزعه فَلَيسَ له أن يَلْبَسَهُ مرَّةً أخرى في النّسك نفسه، فإن لَبِسَهُ فعليه الفدية؛ لأنّ الإحرام يَمْنَعُ ابتداءَ الطِّيبِ دون الاستدامة[2].

ثانياً: إنْ نَقَلَ الطِّيبَ من موضعٍ من بدنه إلى موضعٍ آخر وهو في الإحرام؛ فعليه الفدية؛ لأنّه طَيَّبَ في إحرامه. وكذا لو تَعَمَّد مَسَّهُ بيده، أو نَحَّاهُ من موضع، ثُمَّ رَدَّه إليه.

أمّا إنْ عَرِقَ الطِّيبُ، أو ذاب بالشَّمْسِ، فسال مِنْ مَوضعه إلى مَوضِعٍ آخر فلا شيءَ عليه؛ لأنّه ليس من فعله؛ فجرى مجرى النّاسي[3].

ثالثاً: قوله ﷺ : «واخلَعْ عَنْكَ جُبَّتَكَ»- في قصّة الأعرابي السّابق -دليلٌ

(١) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٨/٦٤.
(٢) انظر: الْمغني ٥/٨٠.
(٣) انظر: الْمغني ٥/٨٠.

على أنّ مَن أَحْرَمَ وعليه قميصٌ يَجب عليه أن يبادر بِنَزْعِـه، ولا يلزمه شَقُّه أو خرقه[١].

من تطبيقات الضّابط:

١- الرّجل إذا لَبِسَ قميصاً أو سراويل قبل أن يُحْرِم ثم أَحْرَم وهو عليه أنّه يؤمر بِنَزْعه، وإنْ لَمْ يَنْزَعه وتركه كان كَمَنْ لَبِسَهُ بعد إحرامه لِبْساً مستقلاً، ويَجِبُ عليه في ذلك ما يَجِبُ عليه لو استأنف لِبْسَهُ بعد إحرامه[٢].

٢- مَنْ أحرم وفي يده صيدٌ فعليه أن يرسله، وإنْ لَمْ يُرْسِله كان إمساكه له بعد أَنْ أَحْرَمَ كابتدائه الصّيد. وإن كان في بيته عند أهله، فليس عليه أن يرسله[٣].

٣- أنّ استدامة بقية الفعل إن كان سببه مباحاً أو مندوباً بقـي علـى حكم أصله؛ فلو تطيَّب قبل إحرامه ثم استدامه لا فدية عليـه؛ لأنّ ابتداء الطّيب كان مباحاً[٤].

٤- لو طيّب ثوبه ولَبِسَهُ ثُمَّ أَحْرَم واستدام لبسه جاز ولا فدية، فـإن نزَعه ثم لَبِسَهُ لزمه الفدية؛ لأنّه لَبِسَ ثوباً مطيَّباً بعد إحرامه[٥].

---

(١) انظر: معالم السّنن ٤٠٨/٢، والتّمهيد ٦٥/٨-٦٧، والاستذكار ٣٢٩/٣-٣٣٠، والمجموع ٢٢٤/٧، وشرح النّووي على مسلم ٣١٨/٨، ومختصر الخرقي ١٠٩/٥، والْمغنِي ٥٣/٥، و٨٠، و١٠٩.

(٢) انظر: التّمهيد ٥٨/٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٤٤/٢-٤٤٥، والتّمهيد ٥٨/٨، و٢٢٠-٢٢١، والذّخيرة ٣٢٦/٣، والمهذّب ٦٨١/١، والمجموع ٢٠٣-٢٠٥، والْمغني ٤٢٢/٥-٤٢٣.

(٤) انظر: المنثور ٧٥/١، والمغني ٣٩٣/٥.

(٥) انظر: الْمجموع ١٤٤/٧، وفتح الباري ٤٧٢/٣.

مسائلُ خارجةٌ عن الضّابط:

١-الْمُحْرِمُ له أن يراجع امرأته إن لم تكن بائنةً منه؛ لأنّ الْمطلّقة طلاقاً رجعياً زوجةٌ ما دامت في العدّة؛ والإحرام يمنع ابتداء النّكـــاح لا استصــحابه، والرّجعة كاستدامة النّكاح؛ بدليل أنّها تصحّ من غير ولِيٍّ ولا شهودٍ[1].

٢-إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوةٍ وأَسْلَمْنَ، وأحرم؛ فلــه أن يختار في إحرامه أربعاً منْهُنَّ؛ لأنّه ليس نكاحاً مستأنفاً[2].

٣-إذا مات للمُحْرِم قريبٌ يَملكُ صيداً؛ فإنّ الْمحرم يرثــه؛ لأنّ الإرث ملكٌ قهريٌّ يدخل في مُلْكه بغير قصده، ويملك به الصَّبِيُّ والْمجنون؛ فجاز أن يملك به الْمحرم؛ ولأنّ الإحرام لا يزيل الْملك[3].

---

(١) انظر: التّمهيد ١٩٧/٨، والمجموع ١٨٥/٧.

(٢) انظر: المجموع ١٨٥/٧.

(٣) ذكره الشّيرازي في المهذّب ٦٨١/١، والنّووي في المجموع ٢٠٤/٧.



البـاب الثّـالـث: في القواعد والضّوابط المتعلّقة بالنّكاح وعقود المعاملات

وفيه خمسة فصولٍ:

الفصل الأوّل: في القواعدوالضّوابط المتعلّقة بالنّكاح والطّلاق.

الفصل الثّاني: القواعد والضّوابط المتعلّقة بعقود المعاملات.

الفصل الثّالث: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالشّروط في العقد.

الفصل الرّابع: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالعقود المحرَّمة.

الفصل الخامس: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالخيار والغرر.



الفصل الأوّل: في القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالنّكاح والطّلاق

وفيه أربعة مباحث:

٢٧ **لمبحث الأوّل**: قاعدة: كلّ ما جاز أن يكون ثمناً وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقاً.

٢٨ **المبحث الثاني**: قاعدة: حكم الرِّجعة بعد الطلاق حكم ابتداء النّكاح.

٢٩ **المبحث الثّالث**: ضابط: الأصل أن لا فرقة إلاّ بطلاق.

٣٠ **المبحث الرّابع: ضابط**: ما جعل الشّرع بيد الرّجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة بجعل جاعلٍ.

المبحث الأوّل: القاعدة السّابعة والعشرون [٢٧]

[كلُّ ما جاز أن يكونَ ثَمَنًا وقِيمةً لشيءٍ جاز أن يكون صداقًا]

ذكرها ابن رشد في المسألة الثّانية من مسائل الصّداق دليلاً لأحد الأقوال؛ حيث قال:

«المسألة الثّانية: وأمّا قَدْرُهُ فإنّهم اتّفقوا[١] على أنّه ليس لأكثره حدٌّ، واختلفوا في أقلّه[٢]؛ فقال الشّافعي وأحمد وإسحاق ....

---

(١) انظر حكاية الإجماع في: المعونة ٧٥٠/٢، والتّمهيد ٥٣/١١، و١٣٧، والاستذكار ٤١٥/٤-٤١٦، و٥٣٣، وتفسير القرطبي٢٦/٥، ومختصر المزني ص٢٤٧، وتكملة المجموع ٨/١٨، والمغني١٠٠/١٠.

(٢) ذهب الشّافعية والحنابلة وبعض المالكية -كالإمام ابن حبيب وابن عبد البرّ، والباجي وابن العربي ورجّحوه واختاروه- إلى أنّ الصّداق غير مقدّر الأقلّ أيضاً.
انظر: بدائع الصّنائع ٥٦١/٢، والتّمهيد ٤٧/١١، و٥٢-٥٣، و١٣٧-١٣٩، والاستذكار ٤١٢/٤، والمنتقى ٢٧/٥، ومختصر المزني ص ٢٤٧، و٢٤٨، والمهذّب ٧٣٨/٢، ومعالم السّنن ٥٨٥/٢، و٥٨٧، وشرح مسلم ٢١٦/٩، وفتح الباري ١١١/٩، و١١٧، والمغني ٩٩/١٠، والعدة ٣١/٢، ومنتهى الإرادات ١٠٩/٢، وشرح المنتهى ٢٣٥/٥.
وأدلّة هذا القول هي التي يأتي ذكرها عند أدلّة القاعدة.
وذهب الحنفية والمالكية في المشهور إلى أنّ الصّداق مقدّر الأقلّ، وأنّ أقلّه ما تقطع فيه اليد في السّرقة، ثم اختلفوا بناء على اختلافهم في أقلّ ما تقطع به يد السّارق:
فذهب الحنفية إلى أنّ الصّداق عشرة دراهم. انظر: مختصر القدوري ص ١٤٧، وأحكام الجصاص ٨٦/٣-٩٤، وبدائع الصّنائع ٥٦١/٢-٥٧٩، والهداية ٢٠٤/١.
وذهب المالكية في مشهور مذهبهم إلى أنّ أقلّه ربع دينار. انظر: رسالة ابن أبي زيد ص
=

=

١٩٦، والمعونة ٢/٧٥٠، والتّمهيد ١١/٤٧،و٥٢-٥٣، و١٣٧، و١٣٩، والاستذكار ٤/٤١٢، وشرح ابن ناجي ٢/٢٧.

من أدلّة القائلين بتحديد أقلّ الصّداق:

١- قوله تعالى﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [سورة النّساء، الآية: ٢٤]؛ حيث شرط الله تعالى أن يكون المهر مالاً، والحبة والدّانق ونحوهما لا يُعدّان مالاً؛ فلا يصلح مهراً. انظر: أحكام الجصاص ٣/٨٦، وفتح الباري ٩/١١٧.

٢- حديث جابر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنّه قال: «لا مهرَ دونَ عشرة دراهم».
أخرجه الدّارقطنيّ في سننه ٣/٢٤٥، كتاب النّكاح، باب المهر، والبيهقي في السّنن الكبرى ٧/١٣٣. والحديث في سنده مبشر بن عبيد، وهو متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها.
انظر:التّمهيد١١/٥٢،ونصب الرّاية٣/١٩٦ نقلاً من تحقيق محمّد عدنان على بدائع الصّنائع٢/٥٦٢.

٣- ما روي عن عمر وعليّ وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أنّهم قالوا: «لا يكون المهر أقلّ مِنْ عشرة دراهم». أخرجه عبد الرّزاق في مصنفه ٦/١٧٩، برقم: (١٠٤١٦)، والدّارقطني في سننه ٤/٣٥٩، برقم: (٣٦٠٣)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٨/٢٦١، برم: (١٦٩٧١)، وأورده ابن حزم بسنده في المحلّى ٩/٩١، والأثر تُكُلِّمَ فيه من قبل داود الأودي ضعيفٌ، رُمِيَ بالتّشيُّع، وانظر: أحكام الجصاص ٣/٨٧، وبدائع الصّنائع ٢/٥٦٢، ونصب الرّاية ٣/١٩٩، وسبل السّلام ٣/١٥٢.
ووجه الاستدلال منه: قالوا: لا سبيل إلى معرفة هذا الضّرب من المقادير التي هي حقوق الله تعالى من طريق الاجتهاد والرّأي؛ لأنّه بابٌ لا يوصل إليه بالاجتهاد والقياس، وإنّما طريقها التّوقيف أو الاتّفاق،وتقديره العشرة مهراً دون ما هو أقلّ منها يدلّ على أنّه قاله توقيفاً.انظر:المرجعين السّابقين.
,أجيب عن الحديثين بأنّهما لا يثبتان فلا يصحّ الاحتجاج بهما. انظر: التّمهيد ١١/٥٠، والاستذكار ٤/٤١٣، و٤١٩-٤٢١، وفتح الباري ٩/١١٩.

٤- ومنَ المعقول أنّه لما وقع الاختلاف في المقدار يجب الأخذ بالْمُتَيَقّن وهو العشرة. انظر: أحكام الجصاص ٣/٨٧، وبدائع الصّنائع ٢/٥٦٢، ونصب الرّاية ٣/١٩٩.

=

=

٥- وأيضاً قياس البضع على العضو المقطوع في السّرقة، وقالوا: إنّ البضع عضوٌ لا تجوز استباحته إلاّ بمال فأشبه القطع في السّرقة؛ فلما كانت اليد عضواً لا تجوز استباحته إلاّ بمال، وكان المقدار الذي يستباح به عشرة على أصلهم؛ فكذلك المهر يعتبر به.
أجيب عنه بأنّه قياسٌ في مقابل النّصّ؛ فهو فاسد الاعتبار فلا يصحّ.
ولأنّ اليد تُقْطَعُ وتُبَانُ ولا كذلك في النّكاح، وأيضاً فإنّ القدر المسروق يجب على السّارق ردّه مع القطع بخلاف الصّداق.
قال اللّخمي من المالكية: «قياس قدر الصّداق بنصاب السّرقة ليس بالبيّن؛ لأنّ اليد إنّما قطعت في ربع دينار نكالاً للمعصية، والنّكاح مستباحٌ بوجه جائز»، ونحوه لأبي عبد الله ابن الفخار. انظر: فتح الباري ١١٧/٩، وانظر: أحكام الجصاص ٨٧/٣، وبدائع الصّنائع ٥٦٢/٢، والمعونة ٧٥١/٢، والتّمهيد ١٣٨/١١، والاستذكار ٤١٢/٤، والمغني ١٠٠/١٠، ونصب الرّاية ١٩٩/٣.
٦- قالوا: لما اتّفق الجميع على أنّه لا تجوز استباحة البضع بغير بدل، واختلفوا فيما تجوز استباحته به من المقدار، وجب أن يكون باقياً على الحظر في منع استباحته إلاّ بما قام دليلٌ على جوازه، وهو العشرة المتّفق عليها، وما دونها مختلفٌ فيه؛ فالبضع باقٍ على حكم الحظر. انظر: أحكام الجصاص ٨٧/٣، والتّمهيد ١٣٨/١١.
يجاب عنه بما تقرّر في القاعدة الثانية عشرة القاضية بأنّ ما وقع الإجماع على إجزائه ليس يلزم أن يكون شرطاً في الصحّة.
٧- وقالوا: لو تُرِكَ النّاس وقليل الصّداق كما تُركوا وكثيره لكان الفلس والدّانق ثَمناً للبضع، وهذا لا يصحّ؛ لأنّه لا يُسَمَّى طولاً ولا يشبه الطّول، وقد قال الله عزّ وجلّ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾، [النّساء، الآية: ٢٥]، ولو كان الطّول فلساً ونحو لكان كلّ أحد مستطيعاً له.
انظر: التّمهيد ١٣٨/١١، والاستذكار ٤١٢/٤، و٤١٧، وعارضة الأحوذي ٣٣/٥-٣٤، وفتح الباري ١١٧/٩.
قال الحافظ ابن عبد البر في الاستذكار ٤١٣/٤: «هذا كلّه ليس بشيء؛ لأنّهم لا يُفَرِّقون في مبلغ أقلّ الصّداق بين صداق الْحرّة والأمّة. والله أعلم، وإنّما شَرَطَ الطّولَ في نكاح الحرائر دون الإماء، وهم لا يُجيزُون نكاحَ الأمّة بأقلّ من ربع دينار كما لا يجيزون نكاح الحرّة بأقلّ من ربع دينار».

وأبو[1] ثور وفقهاء المدينة[2] من التّابعين: ليس لأقلّه حدٌّ، **وكلّ ما جازَ أَنْ يكون ثَمَناً وقيمةً لشيءٍ؛ جاز أن يكون صداقاً**»[3].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب الفقهاء منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «أمّا الشّافعي فقد مرّ على أصله: أنّ كلّ ما يجوز أخذ العوض عنه يصحّ تسميته مهراً، ومنافع الحرّ يجوز أخذ العوض عنها؛ لأنّ إجارة الحرّ جائزةٌ بلا خلافٍ فتصحّ تسميتها كما تصحّ تسمية منافع العبد»[4].

---

(١) هو: الإمام الحافظ أبو ثور؛ إبراهيم بن خالد بن أبي اليماني الكلبي البغدادي الفقيه، تعلّم على مذهب الشّافعي القديم، ويعدّ من أهل الرّأي. توفي -رحمه الله- سنة: (٢٤٠هـ). انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ٦/٦٥-٦٩، وطبقات الفقهاء ص ١١٢-١١٣، وطبقات الشّافعية ٢/٧٤-٨٠، وسير أعلام النّبلاء ١٢/٧٢-٧٦.

(٢) قيل هم الفقهاء السّبعة وعليه درج الأكثر. وهم: سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار وأبو بكر ابن عبد الرحمن، وقد نُظمُوا في قول الشاعر:

أَلاَ كلُّ مَنْ لا يَقْتدي بِأَئِمَّةٍ فَقِسْمَتُهُ ضِيزَى عن الحقّ خارِجَه

فَخُذْهُم: عُبَيْدُ الله عُرْوَةُ قَاسِمٌ سَعِيدٌ أَبُو بَكرٍ سُلَيمَانُ خَارِجَه

وعَدَّهم بَعْضُهُم عشرة بزيادة: أبو سلمة بن عبد الرحمن وأبان بن عثمان وقبيصة بن ذؤيب. انظر: طبقات الفقهاء للشّيرازي ص ٢٨، و٤٦، والذخيرة ١٣/٣٤٣-٣٤٤، والمحلّى ٦/١٣١، وسير أعلام النّبلاء ٤/٢٤٨، و٣٥٣، و٤١٧، و٤٢٥، و٥/٥٨.

(٣) بداية المجتهد ٣/٣٨.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٥٦٦.

ما جاء في الهداية: ((وأقلّ المهر عشرة دراهم. وقال الشّافعي -رحمه الله-: ما يجوز أن يكون ثَمَناً في البيع يجوز أن يكون مهراً لها؛ لأنّه حقّها فيكون التّقدير إليها))[١].

ما جاء في التّمهيد: ((وفيه -أي: حديث قصة الواهبة- أيضاً من الفقه أنّ الصّداق: كلّ ما وقع عليه اسم شيءٍ مِمّا يصحّ تَمَلُّكُهُ قَلَّ أو كَثُرَ))[٢].

وفيه أيضاً: ((وقال الشّافعي وأصحابه: يريد شيئاً تصدّقها إيّاه؛ فيقتضي أنّ كلّ شيءٍ وجده مِمّا يكون ثَمناً لشيءٍ جاز أن يكون صداقاً قَلَّ أو كَثُرَ))[٣].

ما جاء في مختصر كتاب الأمّ: ((قال الشّافعي -رحمه الله-: فما جاز أن يكون ثَمَناً لشيء، أو مبيعاً بشيءٍ، أو أجرةً لشيءٍ جاز؛ إذا كانت المرأةُ مالكةً لأمرها))[٤].

ما جاء في المغني: ((فصلٌ: وكلّ ما جاز ثَمَناً في البيع، أو أُجْرَةً في الإجارة من العين والدَّين، والحال والمؤجّل، والقليل والكثير، ومنافع الحرّ والعبد وغيرهما جاز أن يكون صداقاً))[٥].

---

(١) الهداية للمرغيناني ٢٠٤/١، وانظر: بدائع الصّنائع ٥٦١/٢.
(٢) التّمهيد لابن عبد البرّ ٥٢/١١، وانظر: الاستذكار ٤١٣/٤-٤١٥، و٤١٩، وعارضة الأحوذي ٣٣/٥.
(٣) التّمهيدلابن عبد البرّ٥٢/١١، و١٣٩، والاستذكار ٤١٤/٤،وانظر:المنتقى ٢٧/٥.
(٤) مختصر المزني ص ٢٤٨، وانظر: فتح الباري ١٢١/٩، وتكملة المجموع للمطيعي ٧/١٨.
(٥) المغني لموفّق الدّين ابن قدّامة ١٠١/١٠، و١٠٧-١٠٨، وانظر: منتهى الإرادات ١٠٩/٢.

ما جاء في العدّة: «كتاب الصّداق، وكلّ ما جاز أن يكون ثَمَناً جاز أن يكون صداقاً قليلاً كان أو كثيراً»[١].

شرح مفردات القاعدة:

ما جاز: أي: ما ساغ، جاز الشّيء كأنّه لَزِمَ جوزَ الطّريق، وجاز العقد وغيره أي: نَفَذَ ومَضَى على الصّحّة، وأجزت العقد؛ جعلته جائزاً نافذاً[٢].

ثَمَناً: لغة: العوض، والجمع أثْمان، مثل: سبَب أسباب[٣].

وفي عرف الفقهاء: هو اسمٌ لما يأخذه البائعُ في مقابلة الْمَبِيع عيناً كان أو سِلْعَةً، وكلّ ما يحصل عوضاً عن شيءٍ فهو ثَمَنُهُ[٤].

قِيمَة: من قَوَم،قيمةً،والجمع:القِيَم، وهي الثّمنُ الذي يُقَاوَم به الْمتاع، أي:يقوم مقامه[٥].

وفي عرف الفقهاء: الثَّمنُ الذي يُقدِّره المقَوِّمون للسّلعة أو الشّيء[٦].

الصّداق: فيه لغات: يقال: صَدَاق، وصِدَاق، والجمع: صُدُق، ويقال: صَدُقَةٌ وتجمع على: صَدُقات كما في التّنْزيل: ﴿ **وَءَاتُواْ النِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً** ﴾[٧]، ويقال: صُدْقَةٌ، والجمع: صُدُقَات، مثل: غُرْفَة غُرُفات.

---

(١) العدّةشرح العمدةلابن قدامة٢/٣١، وانظر:مختصر الخرقي مع المغني١٠/٩٩-١٠١.

(٢) انظر: المفردات ص ١١٠، ومختار الصّحاح ص ١١٧، والمصباح المنير ص ٤٤.

(٣) انظر: المفردات ص ٨٨، ومختار الصّحاح ص ٨٧، والمصباح المنير ص ٣٣.

(٤) انظر: مواهب الجليل ٦/١٣٢، وفتح الباري ٥/١٨٢، و١٢/١٠٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٣٤.

(٥) انظر:المفردات ص٤١٧،وطلبة الطّلبة ص٢٨٠،ومختار الصّحاح ص٥٥٧، والمصباح المنير ص١٩٨.

(٦) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٣٤٢.

(٧) سورة النّساء، الآية: ٤.

والصَّدَاق: هو ما تُعْطَى المرأة من مهرها في عقد نكاحٍ وبعده[١].

ومن أسماء الصَّداق: الصَّدُقَةُ والْمَهْر والنِّحْلة والفريضة والأجْرُ والعلائق والعُقْرُ والْحباء[٢].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

كلّ ما جاز قدره أو نوعه أن يكون ثَمناً وقيمةً لشيءٍ جاز أن يكون صداقاً.

فهذه قاعدةٌ جليلةٌ شريفةٌ لشرف موضوعها؛ حيث تدرس ضرورةً من ضرورياتٍ خمسٍ[٣] جاء الإسلام بحفظها وهي حفظ النّسل والعرض؛ إذ بالنّكاح يحصل التّناسل، وصيانة الفرج،وعفّة النّفس والإحصان،وهذا كلّه باستحلال الفرج المحرَّم بكتاب الله، وهو عقد النّكاح، ولا يتمّ العقد إلاّ بالصّداق، وهو أصلٌ في العقد، ولو لم يكن له خطرٌ لسقط عن مَنْ لم يجد ما يصدق به امرأة، لكن عدم سقوطه عن القائم في حديث الواهبة- الآتي تخريجه قريباً إن شاء الله-مع حاجته وفقره؛دلّ على عِظَم أمره وجلّته؛ فيستحقّ العناية[٤].

والصّداق عقدٌ منفردٌ عن النّكاح لجواز النّكاح بلا تسمية؛ لقوله —

---

(١) انظر: المفردات ص ٢٨٢، ومختار الصّحاح ص ٣٥٩، والمصباح المنير ص ١٢٨، وتفسير القرطبي ٢٦/٥، ومنتهى الإرادات ١٠٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٣/٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٤٣.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٢٦/٥، والمغني ٩٧/١٠.

(٣) هي: حفظ الدِّين والنّفس والنّسل والمال والعقل، وقيل: إنّها مراعاة في كلّ ملّة. انظر: الموافقات ٨/٢.

(٤) انظر: المنتقى ٢٥/٥، و٢٧، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٣/٥.

تعالى-: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[(١)]، حيث رفع الله الجناح عَمَّن طلّق في نكاحٍ لا تسمية فيه، والطّلاق لا يكون إلاّ بعد النّكاح؛ فدلّ على جواز النّكاح بلا تسمية، ويكون للمرأة مهر مثلها، والصّداق حقٌّ من حقوق الله تعالى للزّوجة لا لغيرها، تملكه بالعقد نفسه،ويَملك به الزّوج استباحة الفرج لا مِلْكَه؛ لأنّ البضع في مِلْك المرأة بعد النّكاح كماهو قبله بدليل أنّه لو وُطِئَت بشبهةٍ كان المهر لها دون الزّوج، والمتقرّر عند أهل العلم أنّ الأصل في الأبضاع الحرمة، والإباحة تثبت بهذا الشّرط[(٢)].

فإذا كان الصّداق بهذه الأهمّيّة فما هو الشّيء الذي يجوز به الصّداق قدراً ونوعاً؟ هذا هو موضوع القاعدة.

والذي يجوز به قدراً وهو تحديد أكثره وأقلّه؛ وأمّا أكثره؛ فإنّ الفقهاء اتّفقوا[(٣)] على أنّ الصّداق غير مقدَّر الأكثر، بدليل قوله -تعالى-: ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾[(٤)]، حيث إنّ الله لم يحدّ في أكثره ولا في أقلّه حدّاً.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٦.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٢/٣٥٠-٣٥٣، و٣/٨٦-٩٤، وبدائع الصّنائع ٢/٥٥٩-٥٦٠، و٥٦٢، و٥٧٩، والهداية ١/٢٠٤، والتّمهيد ١١/٤٧-٤٨، و٥٤، والاستذكار ٤/٤٠٩-٤١٠، والمنتقى ٥/٢٥، وعارضة الأحوذي ٥/٣٢، و٣٩، وتفسير القرطبي ٥/٢٦، ومختصر المزني ص ٢٤٧-٢٤٨، والمهذّب ٢/٧٣٨، وشرح مسلم ٩/٢١٦، ومنتهى الإرادات ٢/١٠٩، وشرح المنتهى ٥/٢٣٣.

(٣) تقدّم توثيق حكاية الإجماع في مطلع هذه القاعدة.

(٤) سورة النّساء، الآية: ٢٠.

وأمّا أقلّه ففيه خلافٌ جارٍ على قولين، وسبق ذكرهما.

من أدلّة القاعدة:

يدلّ على صحّة القاعدة أدلّةٌ من الكتاب والسّنة والإجماع منها:

١-قوله -تعالى-: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[(١)].

وجه الاستدلال منه: أنّ الآية تقتضي بوجوب نصف المفروض قليلاً كان أو كثيراً؛ فدلّ على أنّ المهر غير مقدّر الأكثر والأقل[(٢)].

٢-قوله -تعالى-: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾[(٣)].

ووجه الاستدلال منه؛ حيث يدخل في عمومه القليل والكثير[(٤)].

٣-قوله ﷺ في حديث الواهبة: «هل عندك مِنْ شيءٍ تُصَدِّقُها إيّاه؟...، التمس ولو خاتماً من حديد»[(٥)].

ووجه الاستدلال منه؛ حيث أجاز أن يكون المهر خاتماً من حديد، وأنّ الصّداق هو كلّ ما وقع عليه اسم شيءٍ ويصحّ تَمَلُّكُه قَلَّ أو كَثُرَ؛

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٨٧/٣-٨٨، وفتح الباري ١١١/٩، وتكملة المجموع ٨/١٨.

(٣) سورة النّساء، الآية: ٢٤.

(٤) انظر: التّمهيد ٥٥/١١، والمغني ١٠٠/١٠.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ١١٢/٩، كتاب النّكاح، باب التّزويج على القرآن بغير صداق، برقم: (٤٩٥٩)، ومسلم في صحيحه ١٠٤١/٢، كتاب النّكاح، باب الصّداق...، برقم: (١٤٢٥)، واللّفظ للإمام مالك في الموطّأ ٥٢٦/٢، كتاب النّكاح، باب ما جاء في الصّداق والحباء، برقم: (٨).

قال الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ٤٧/١١: «روى هذا الحديث عن أبي حازم عن سهل جماعةٌ وأحسنهم كلّهم له سياقةً مالك رحمه الله».

لأنّ النَّبيّ ﷺ لم يقل له: التَمس ربع دينار فصاعداً، ولا عشرة دراهم فصاعداً، بل قال: «هل عندك من شيء تصدّقها إيّاه؟»، ثم قال: «التَمس ولو خاتماً من حديد»، والحدود لا تصحّ إلاّ بكتاب الله، أو سنة ثابتة لا معارض لها، أو إجماع يجب التّسليم له[1].

أجيب عنه بأنّه في حدّ الآحاد، ولا يُتْرَكُ نصّ الكتاب به.

٤- ما ثبت أنّ عبد الرّحمن بن عوف تزوّج امرأةً على وزن نواة[2] من ذهب[3].

أجيب عنه بأنّ وزن نواة من ذهب قد تكون مثل وزن دينار بل تكون أكثر في العادة[4].

ويجاب عنه بما جاء في الاستذكار: «وجَعَلَ هذا القائلُ -أي: بتحديد أقل الصّداق- حديث النّواة هذا أصلاً في أقلّ الصّداق. وهذا لا حجّة فيه؛ لأنّ الْمِثْقال وَزْنُهُ دِرهَمان عدداً لا كَيلاً، لا خلاف في ذلك»[5].

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٨٨/٣، والتّمهيد ٥٢/١١-٥٤، والاستذكار ٤١٥/٤، والمنتقى ٢٧/٥، ومختصر المزني ص ٢٤٧، والمهذّب ٧٣٨/٢، ومعالم السّنن ٥٨٧/٢، وشرح مسلم ٢١٦/٩، وتكملة المجموع ٨/١٨، والعدّة ٣١/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٥/٥.

(٢) النواة اسم لقدر معروف، قُدِّرَتْ بخمسة دراهم من ذهب. انظر: معالم السّنن ٥٨٤/٢، وشرح مسلم ٢١٩/٩.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١١١/٩، كتاب النّكاح، باب قول الله تعالى: ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾، [سورة النّساء، الآية: ٤]، برقم: (٤٩٥٨)، ومسلم في صحيحه ١٠٤٢/٢، كتاب النّكاح، باب الصّداق... برقم: (١٤٢٧).

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٥٦٢/٢.

(٥) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥٣٣/٤.

٥-قول النَّبِيّ ﷺ للتي تزوجت رجلاً على نعلين: «رضيت من نفسك ومالكِ بنعلين؟»، قالت: نعم. فأجازه رسول الله ﷺ[(١)].

وجه الاستدلال؛ حيث دلّ على عدم توقيت أقل الصّداق، وأنّ المعتبر رضا المرأة؛ لأنّ الصّداق حقٌّ لها، فلمّا سألها النَّبِيّ ﷺ ورضيت أقرّها وزوّجها[(٢)].

أجيب عنه بأنّ النّعلين قد يجوز أن تساويا عشرة دراهم أو أكثر؛ فلا دلالة فيه على موضع الخلاف[(٣)].

وجوابهم هذا دليلٌ عليهم لا لهم؛ وذلك أنّهم أوردوا احتمالين، مع إمكان ورود احتمالٍ ثالث وهو أن تكونا أقل من عشرة دراهم؛ فتطرّق هذه الاحتمالات يضعف القولً بالتّحديد؛ لأنّه ليس أحدها أولى من غيره.

٦-قول النَّبِيّ ﷺ : «مَنْ أعطى في صداق امرأة ملءَ كفّيه سويقاً أو تَمراً فقد استحلّ»[(٤)]؛ فدلّ على أنّه غير مقدَّر الأقلّ[(٥)].

---

(١) أخرجه التّرمذيّ في سننه ٣/٤٢٠، كتاب النّكاح، باب ما جاء في مهور النِّساء، برقم: (١١١٣)، وابن ماجه في سننه١/٦٠٨، كتاب النّكاح، باب صداق النّساء، برقم: (١٨٨٨).
والحديث قال فيه التّرمذي في سننه ٣/٤٢١: «حديثٌ حسنٌ صحيحٌ».
وضعّفه الألباني في ضعيف التّرمذيّ برقم: (١٩٠)، ومشكاة المصابيح برقم: (٣٢٠٦).

(٢) انظر: فتح الباري ٩/١١٩، وشرح منتهى الإرادات ٥/٢٣٥.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٣/٨٨-٨٩.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ٢/٥٨٥، كتاب النّكاح، باب قلّة المهر، برقم: (٢١١٠).
والحديث ضعيفٌ؛ لأنّ في إسناده موسى بن مسلم ضعيف، وضعّفه الألباني في: ضعيف أبي داود برقم: (٤٥٦)، ومشكاة المصابيح برقم: (٣٢٠٥). انظر: فتح الباري ٩/١١٩، وسنن أبي داود هامش (٢).

(٥) انظر: فتح الباري ٩/١١٩، وشرح منتهى الإرادات ٥/٢٣٥.

أجيب عنه: بأنّه إخبار عن ملك البضع، ولا دلالة فيه على أنّـه لا يجب غيره[١].

هذا الجواب لا يعارض قول مَنْ قال بعدم التّحديد، بل هو دليلٌ لهم عند التّأمّل.

٧-قوله ﷺ : ((أدُّوا العَلائقَ))، قيل: يا رسول الله! ما العلائق؟ قال: ((ما تَراضَى به الأهلون))[٢].

أجيب عنه بأنّه محمول على ما يجوز مثله في الشّرع؛ ألا ترى أنّهم لو تراضوا بِخمرٍ أو خِنْزير أو شغارٍ[٣] لَما جاز تراضيهما.

يجابُ عنه بأنّ الحديث يحتملُ ماتراضيا عليه قدراً ونوعاً،وما ذكروه من النّوع دلّ الشّرع على عدم صحّة كونه مهراً، وأمّا القدر فلم يثبت في تحديده عن الشّرع شيءٌ كما ثبت في النّوع.

٨-ولأنّ المهر حقٌّ لها وبدل منفعة بضعها؛ فكان التّقدير فيه إليها على ما رضيت به[٤].

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٣/٨٩.

(٢) أخرجه الدّارقطني في سننه ٤/٣٥٧، كتاب النّكاح، باب المهر برقم: (٣٦٠٠)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٧/٢٣٩، كتاب الصّداق، باب ما يجوز أن يكون مهراً. وانظر: المغني ١٠/٩٨، و١٠٢.

(٣) الشّغار يقال: شِغَار وشَغَار، من شغر الكلب إذا رفع رجليه ليبول. انظر: مختار الصّحاح ص ٣٤٠، وغرر المقالة ص ١٩٧، والمصباح المنير ص ١٢٠.
واصطلاحاً: هو خلوّ البضع من الصّداق، بأن يقول رجلٌ للآخر: زوِّجني مولاتك على أن أُزوِّجَك مولاتِي ولا مهر بيننا.
انظر: رسالة القيرواني ص ١٩٧، وشرح حدود ابن عرفة ص ١/٢٦٠.

(٤) انظر: التّمهيد ١١/٥٣، و١٣٧-١٣٩، والاستذكار ٤/٤١٣-٤١٥، والمهـذّب =

أجيب عنه بأنّنا سلمنا لكم هذا، ولكن في حالة بقاء حقّها على الخلوص؛ فأمّا في حالة الثّبوت فحقّ الشّرع متعلّق به إبانة لخطر عن البضع صيانةً له عن شبهة الابتذال بإيجاب مالٍ له خطرٌ في الشّرع كما في نصاب السّرقة[1].

ولعلّ الرّاجح والعلم عند الله القول بأنَّهُ لا توقيت في أقلّ الصّداق، وجوازه بكلّ مايتموّل ويجوز أن يكون ثَمناً ومُثمناً،إذا تراضى عليه الزّوجان،وذلك لقوّة أدلة هذا القول وصراحته ووقوعه، فما سواه فيه مخالفةٌ للسّنة، ومحجوجٌ بأحاديثَ صحيحةٍ صريحةٍ[2].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

يشمل موضوع القاعدة جانبَي الصّداق: هما: قدره ونوعه.

أمّا قدره من حيث الأكثر أوالأقل؛ فقد تقدّم ذلك، وأنّهم اتّفقوا على أنّه غير مقدَّر الأكثر، وأنّ الخلاف جارٍ في تحديد أقلّه، وقد ترجّح القول القاضي بأنّه غير مقدّر الأقلّ أيضاً عملاً بالقاعدة، والله تعالى أعلم بالصّواب.

وأمّا الجانب الثّاني وهو نوعه؛ فلا خلاف بين الفقهاء أنّ الأعيان المالية مِمَّا يجوز بيعها ويصحّ أن يكون ثمناً أو مثمناً أو أجرةً أو قيمةً إذا كانت معلومةً؛ تصحّ أن تكون صداقاً[3].

=

٧٣٨/٢، وشرح مسلم ٢١٦/٩، وتكملة المجموع ٨/١٨، والعدّة ٣١/٢.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٦٣/٢.

(٢) انظر: معالم السّنن ٥٨٥/٢، وشرح مسلم ٢١٦/٩، والعدّة ٣١/٢.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٨٦/٣-٩٢، وبدائع الصّنائع ٥٦٤/٢-٥٦٦، والتّمهيد ٤٩/١١-٥٧، و١٣٧، والمهذّب ٧٣٨/٢-٧٣٩، والمغني ١٠٢/١٠، وشرح

=

وأمّا عكس الأعيان المالية وهو المنافع المبتذلة؛ كتعليم القرآن والخدمة والإجارة ففيه اختلافٌ جارٍ بين الفقهاء، وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما يُعَدُّ مالاً مِمّا لا يُعَدُّ مالاً، وذلك بعد اتّفاقهم على اشتراط المالية للصّداق على مذهبَين:

المذهب الأوّل: ذهب الحنفية إلى اشتراط المالية للصّداق؛ فقالوا بعدم صحّة جعل المنافع والخدمة والتّعليم صداقاً؛ لأنّها ليست بِمالٍ، وهو قولٌ للمالكية بالكراهة[1].

واستدلّوا لذلك بما يلي:

١-قوله -تعالى-: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[2]؛ حيث إنّ قوله: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾، أمرٌ يقتضي ظاهره الإيجاب، ودلّ بفحواه[3] على أنّ المهر ينبغي أن يكون مالاً من وجهين:

أحدهما: قوله: ﴿وَءَاتُوا۟﴾؛ معناه: أعطوا، والإعطاء إنّما يكون في الأعيان دون المنافع؛ إذ المنافع لا يتأتّى فيها الإعطاء على الحقيقة.

والوجه الثّاني: قول الله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾؛

=

منتهى الإرادات ٢٣٦/٥.

(١) انظر: أحكام الجصاص ٨٦/٣-٩٢، وبدائع الصّنائع ٥٦٤/٢-٥٦٦، والهداية ٢٠٧/١، والمعونة ٧٥١/٢، وجامع الأمّهات ص ٢٧٥، والقوانين ص ١٣٥.

(٢) سورة النّساء، الآية: ٤.

(٣) المراد بفحوى الخطاب والإشارة هو المفهوم، وعُرِّفَ بأنّه: ما يقتبس من الألفاظ من فحواها وإشارتها لا من صيغتها. انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٢٨١.

وذلك لا يكون في المنافع، وإنّما هو في المأكول، أو فيما يمكن صرفه بعد الإعطاء إلى المأكول؛ فدلّت الآية على أنّ المنافع لا تكون مهراً[(١)].

يجاب عن هذا بأنّه لا يخالف القول بجواز كون المنافع صداقاً؛ لأنّ الجمهور لا يقولون بذلك إلاّ إذا جاز أخذ العوض عنها، وهو نصّ كلام الحنفية هنا.

ولأنّ استدلالهم بالآية من قبيل فحوى الخطاب، وهم لا يقولون بفحوى الخطاب.

وأيضاً قد قالوا بكون خدمة العبد مهراً[(٢)]؛ فليكن في الحرّ كذلك.

٢-قوله -تعالى-: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم﴾[(٣)]؛ حيث شرط أن يكون المهر مالاً؛ فدلّ على اشتراط ماليته، فما لا يكون مالاً لا يكون مهراً فلا تصحّ تسميته مهراً[(٤)].

٣-ولأنّ تعليم القرآن فرضٌ على الكفاية؛ فكلّ مَنْ علّم إنساناً شيئاً من القرآن فإنّما قام بفرضٍ؛ لقول النّبيّ ﷺ: «بلّغوا عنّي ولو آيةً»[(٥)]؛ فكيف يجوز أَنْ يجعل عوضاً للبضع، ولو جاز ذلك لجاز التّزويج على تعليم الإسلام وهذا باطلٌ؛ لأنّ ما أوجب الله تعالى على الإنسان فعْلَهُ فهو متى فَعَلَهُ فعَلَه فرضاً فلا يستحقّ أن يأخذ عليه شيئاً من أعراض الدّنيا[(٦)].

---

(١) أحكام الجصاص ٣/٩٠.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٣/٩٠، وبدائع الصّنائع ٢/٥٦٦-٥٦٧، والهداية ١/٢٠٧.

(٣) سورة النّساء، الآية: ٢٤.

(٤) انظر: أحكام الجصاص ٣/٨٦-٩١، وبدائع الصّنائع ٢/٥٦٤.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه٦/٥٧٢،كتاب الأنبياء، باب ما ذُكِر عن بَني إسرائيل، برقم:(٣٣٤٥).

(٦) انظر: أحكام الجصاص ٣/٩١.

هذا الذي قالوا وجيه، ولكن يتصادم مع قول النَّبيّ ﷺ: «زوّجتكها بما معك من القرآن»[١]، حيث يدلّ على إجازة أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم[٢].

كما يتصادم قولهم مع قصّة أم سلمة مع أبِي طلحة؛ حيث قالت له: «مثلك لا يردّ، ولكنك رجلٌ كافرٌ، وأنا امرأةٌ مسلمةٌ، ولا تَحلّ لِي، فإنْ أسلمتَ تزوجتُ بك وذلك هو مهرِي، لا أسألك غيره»[٣].

وإنْ قيل: المهر حقّها وقد تنازلت عنه ولها ذلك.

يقال: كلامٌ وجيهٌ ولا يعارض القولَ بَجعل المنافع أو التّعليم أو الإسلام مهراً؛ لأنّها قالت: «لا أسألك غيره»؛ فرضيت به مهراً، ولم يثبت أنّ أبا طلحة أصدقها غيره، والمعلوم المجمع عليه أنّ العقد لا يخلو عن الصّداق. والله - تعالى- أعلم.

ويدلّ -أيضاً- على جواز إجازة أخذ الأجرة على التّعليم حديث اللّديغ وفيه: «والله إنِّي لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيِّفونا، فما أنا براقٍ لكم حتَّى تَجعلوا لنا جُعلاً، فصالحوهم على قطيعٍ[٤] من الغنم، فانطلق يتفلُ عليه ويقرأ: ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾[٥]، ...، قال:

---

(١) من حديث الواهبة نفسها، تقدّم تخريجه قريباً ص ٥٨١.

(٢) انظر:معالم السّنن ٥٨٧/٢، والتّمهيد ٤٩/١١، و٥٥، والاستذكار ٤١٦/٤، و٤١٩، وفتح الباري ١٢٠/٩.

(٣) الحديث أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى٣١٢/٣،[٥٥٠٤]، و٦٥/٤، [٦٩٢٢]، وانظر: الاستذكار ٤١٧/٤، وعارضة الأحوذي ٣٨/٥، وفتح الباري ١٢٠/٩.

(٤) المراد بالقطيع المذكور؛ ثلاثون شاة. انظر: شرح مسلم ٤٠٩/١٤، وفتح الباري ٥٣٣/٤.

(٥) سورة الفاتحة، الآية: ١.

فأوفوهم جُعْلَهُم الذي صالحوهم عليه...، وأقرّهم النّبيّ ﷺ على ذلك وقال: ((قَدْ أَصَبْتُمْ، أَقْسِمُوا وأَضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْماً))[١].

جاء في فتح الباري: ((واستدلّ به الجمهور في جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وخالف الحنفية فمنعوه في التّعليم وأجازوه في الرّقى؛ كالدّواء))[٢].

ولا يصحّ شيءٌ مما يستدلّون به على منع أخذ الأجرة على التّعليم. قال في التّمهيد بعد أن ذكر جملةً من أدلتهم: ((وهذه الأحاديث منكرةٌ، لا يصحّ شيءٌ منها عند أهل العلم بالنّقل))[٣].

ويجاب عن قولهم أيضاً بقوله ﷺ: ((العلائق ما تراضى عليه الأهلون))[٤]؛ فإنّه يشمل الأعيان المالية والمنافع المبتذلة.

٤-ولأنّ المنافع ليست بأموالٍ متقوّمة، ولهذا لم تكن مضمونةً بالغصب والإتلاف، وإنّما يثبت لها حكم التّقوّم في سائر العقود شرعاً[٥].

أجيب عنه؛ بأنّه ممنوعٌ؛ لأنّه يجوز المعاوضةُ عنها وبها، ثُمّ إن لم تكنِ الْمَنفعةُ مالاً؛ فقد أُجرِيَت مجرى المال[٦].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٥٢٩/٤، كتاب الإجارات، باب ما يُعْطَى في الرُّقْيَة...، برقم: (٢٢١٤)، ومسلم في صحيحه ١٧٢٧/٤، كتاب السّلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرّقية بالقرآن والأذكار،برقم:(٢٢٠١)، واللّفظ للبخاري.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٥٣٠/٤، وانظر: والتّمهيد ٤٩/١١، و٥٥، والاستذكار ٤١٦/٤، و٤١٩، وشرح مسلم ٤١٠/١٤، وفتح الباري ١٢١/٩.

(٣) التّمهيد لابن عبد البرّ ٥٠/١١، وانظر: الاستذكار ٤١٣/٤، و٤١٩-٤٢١، وفتح الباري ١١٩/٩.

(٤) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٥) انظر: أحكام الجصاص ٨٦/٣-٩٢، وبدائع الصّنائع ٥٦٤/٢-٥٦٦.

(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢٣٦/٥.

المذهب الثّاني: ذهب المالكية والشّافعية والحنابلة إلى اشتراط المالية في الصّداق أيضاً، إلاّ أنّهم قالوا المنافع المبتذلةالمعلومة التي يجوز بذلُ العوض عنها تجري مجرى الأعيان المالية؛ فقالوا بجواز كون المنافع والخدمة والتّعليم مهراً مطلقاً[1]، وهو قول بعض[2] الحنفية.

وقال به الحنفية في منافع سائر الأعيان مِنْ سكَنَى داره وخدمة عبيده وركوب دابّته والحمل عليها وزراعة أرضه ونحو ذلك من منافع الأعيان مدّةً معلومةً[3].

واستدلّوا على ذلك بما يلي:

١٣- عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[4].

١٤- وقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ﴾[5].

---

(١) انظر: المعونة ٧٥١/٢، والتّمهيد ٥٢/١١، و٥٥-٥٧، و١٣٧، والاستذكار ٤١٢/٤، و٤١٦-٤١٩، والمنتقى ٢٨/٥-٢٩، وعقد الجواهر ٤٧٣/٢، ومختصر المزني ص ٢٤٧-٢٤٨، والمهذّب ٧٣٩/٢، وتكملة المجموع ٩/١٨-١٠، والمغني ١٠١/١٠-١٠٣، ومنتهى الإرادات ١٠٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٦/٥، وانظر: عارضة الأحوذي ٣٧/٥-٣٨، وأحكام ابن العربي ٤٩٩/٣-٥٠٠، وتفسير القرطبي ٢٤٣/١٣-٢٤٥، ومعالم السّنن ٥٨٦/٢-٥٨٧، وشرح مسلم ٢١٧/٩، وفتح الباري ١١٥/٩، و١١٩-١٢١.

(٢) كمحمّد بن الحسن. انظر: بدائع الصّنائع ٥٦٦/٢-٥٦٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٦٧/٢.

(٤) سورة النّساء، الآية: ٢٤.

(٥) سورة القصص، الآية: ٢٧.

ووجه الاستدلال منهما: حيث دلّتا بعمومهما على أنّ المهر الذي يستباح به البضع إمّا أن يكون مالاً أو منافع أجريت مجرى مالٍ يجوز العوض عنها[١].

١٥- قوله ﷺ : «زوّجتكها بما معك من القرآن»[٢].

ووجه الاستدلال منه؛ حيث إنّ الْمُسمَّى وهو تعليم السورة من القرآن لا يوصف بالمالية؛ ولكن لما جاز أخذ العوض عليه أجري مجرى المال[٣].

١٦- ولأنّه أحد نوعي الأعواض في المبيعات؛ فجاز عقد النّكاح به؛ كالأعيان؛ لأنّ المنافع في معنَى المال يجوز أخذ العوض عنه، فقام مقام مال، وهو دليل الحنفية في منافع سائر الأعيان؛ قالوا: لأنّ هذه المنافع أموالٌ أو أُلْحقَتْ بالأموال شرعاً في سائر العقود لمكان الحاجة، والحاجة في النّكاح متحقّقةٌ[٤].

ولعلّ الذي يترجّح في نظري والعلم عند الله هو القول القاضي بجواز كونِ الصّداق كلُّ ما جاز أن يكون ثَمناً وقيمةً قدراً ونوعاً، سواء من الأعيان المالية أم المنافع المبتذلة تجري مجرى الأموال؛ وذلك لقوّة أدلّتهم وصراحتها، في مقابلة ضعف أدلّة القول الآخر[٥]. والله -تعالى-

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٣/٩٠، و٩٢، والمعونة ٢/٧٥١، والمنتقى ٥/٢٩، والمهذّب ٢/٧٣٩، وشرح منتهى الإرادات ٥/٢٣٦.

(٢) تقدّم تخريجه من هذه القاعدة قريباً في قصّة المرأة الواهبة نفسها.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٣/٩٠، وبدائع الصّنائع ٢/٥٦٤، والتّمهيد١١/٥٥-٥٧، والاستذكار ٤/٤١٦.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٥٦٤، و٥٦٧، والمعونة ٢/٧٥١، والمنتقى ٥/٢٩، وفتح الباري ٩/١٢١، وتكملة المجموع ١٨/١٠، والمغني ١٠/١٠٢، وشرح منتهى الإرادات ٥/٢٣٦.

(٥) انظر: التّمهيد ١١/٥٣-٥٤، وشرح منتهى الإرادات ٢/٢٣٦.

أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

ولا خلاف بينهم أنّ المحرّمات التي لا يجوز بيعها ولا يصلح أن يملك لتحريم عينها؛ كالخمر والْخنْزير، أو لغرره؛ كالآبق والشّارد والجنين في بطن أمّه ونحو ذلك،لا يصحّ أن يكون صداقاً؛فإذا عقد بذلك صحّ النّكاح وثبت مهر المثل؛ لأنّه هو العوض الأصلي في باب النّكاح؛ولأنّ فساد المهر لا يلزم منه فساد النّكاح؛ إذ هو عقدٌ منفردٌ عن النّكاح لا يقف جوازه على التّسمية أصلاً؛ ولأنّه لا خلاف بين العلماء أنّه إذا خلي العقد عن الصّداق صحّ النّكاح ووجب مهر المثل، وفساده لا يبلغ عدمه؛ فإذا كان عدم التّسمية رأساً لم يمنع جواز النّكاح ففساده أولى أن لا يمنعه[1].

من تطبيقات القاعدة:

١–أنّ الصّداق شرطٌ لا بدّ منه للعقد قَلَّ أو كَثُرَ، ويجب للمرأة بالعقد نفسه[2].

٢–أنّ كلّ ما جاز أن يُتملّك، ويكون ثَمناً أو أجرًا ويؤخذ عنه العوض إذا كان معلوماً جاز أن يكون صدقاً إذا تراضى به الزّوجان[3].

٣–أنّ ما لا يجوز أن يكون ثَمناً، أو لا يجوز بيعه لتحريمه عينه أو لغرره؛ كالْخمر والْخِنْزير والآبق والشّارد، لا يكون صداقاً[4].

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٢/٣٥٠-٣٥٣، و٣/٨٦-٩٣، وبدائع الصّنائع ٢/٥٦٤-٥٦٥، و٥٦٩، و٥٧٩، والمعونة ٢/٧٥١-٧٥٢، وعارضة الأحوذي ٥/٣٢، و٣٧، وعقد الجواهر ٢/٤٧٢، والمهذّب ٢/٧٣٩، وتكملة المجموع ١٨/١٠، والعدّة ٢/٣١، وشرح منتهى الإرادات ٥/٢٣٦، والمحلّى ٩/٥٠.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٣/٨٦، وبدائع الصّنائع ٢/٥٥٩، ورسالة ابن أبي زيد ص ١٩٦، والتّمهيد ١١/٤٧-٤٨، و٥٢، وتفسير القرطبي ٥/٢٦.

(٣) انظر: التّمهيد ١١/٤٧، و٤٩، و٥٢-٥٧، و١٣٧، وشرح مسلم ٩/٢١٦.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص١٤٧، أحكام الجصاص٣/٨٩،وبدائع الصّنائع ٢/٥٦٣، =

٤-أنّ الصّداق عقدٌ منفردٌ عن النّكاح؛ بناء على ذلك لا يفسد النّكـــاح بفساده، ويجب مهر المثل(١).

٥-جواز كون الأعيان المالية والمنافع المالية صداقاً؛ كالأموال،فيصحّ جعل الخدمة والإجارة إذا كانت معلومة الوقت أو تعليم القرآن مهراً؛ لأنّه يجوز أخذ العوض عنها(٢).

=

و٥٦٥-٥٧٠، وعقد الجواهر ٤٧٢/٢، والمهذّب ٧٣٩/٢، وتكملـــة المجمـــوع ١٠/١٨،والمغني١٠٨/١٠،و١١٣،والعدّة٣١/٢،وشرح منتهى الإرادات٢٣٦/٥.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٦٢/٢، وعارضة الأحوذي ٣٢/٥.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٨٩/٣-٩٢، وبدائع الصّنائع ٥٦٦/٢، المعونـــة ٧٥١/٢، والتّمهيد ٥٢/١١، و٥٥-٥٧، و١٣٧، ومختصر المزني ص ٢٤٧-٢٤٨، والمهذّب ٧٣٩/٢، والمغني ١٠١/١٠-١٠٣، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٦/٥.

المبحث الثّاني: القاعدة الثّامنة والعشرون [٢٨]

[حُكْمُ الرَّجعَةِ بعد الطّلاقِ حكْمُ ابْتِداءِ النِّكَاح]

ذكرها ابن رشد في طليعة أحكام الباب الثّاني من أحكام الارتجاع في الطّلاق البائن؛ حيث قال: «والطّلاق البائن؛ إمّا بما دون الثّلاث؛ فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف[١]، وفي المختلعة[٢] باختلاف[٣]، وهل يقع أيضاً دون عوضٍ؟ فيه خلافٌ، **وحكم الرّجعة بعد هذا الطّلاقِ حُكْمُ ابْتِدَاء النِّكاحِ**؛ أعنِي: في اشتراط الصّداق والولِيّ والرّضا»[٤].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «...فإن طلّقها ولم يراجعها بل تَرَكَهَا

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٥٢/٣، و٢٩٥، ورسالة القيرواني ص ٢٠٢، وتفسير القرطبي ١٠٨/٣، وإجماع ابن المنذر ص٤٣، والمهذّب٩٠/٣، ومختصر الخرقي والمغني ٥٤٧/١٠، وشرح منتهى الإرادات ٥٠٦/٥، والمحلّى ٢٥/١٠. وانظر أيضاً: شرح مسلم ٣١٤/١٠.

(٢) الْمُخْتَلِعَةُ: هي التي اخْتَلَعَتْ من جميع مالها أو ببعضها؛ ليطلّقها زوجها. انظر: التّمهيد ٢٠٥/١١-٢٠٦، والاستذكار ٣١/٥، وتفسير القرطبي ١٣٩/٣، وشرح منتهى الإرادات ٥٠٦/٥.

(٣) خالف فيه أبو ثور. انظر: بدائع الصّنائع ١٥٢/٣، ورسالة ابن أبي زيد ص ٢٠٢، والمعونة ٨٧١/٢، والتّمهيد ١٩٧/١١-٢٠٤-٢٠٦، والاستذكار٣١/٥، و٨٥، ومواهب الجليل ٤٠٣/٥، والمهذّب ٥/٣، و١١، والمغني ٢٧٤/١٠، و٢٧٨، وشرح منتهى الإرادات٥٠٥/٥-٥٠٦. وانظر أيضاً: تفسير القرطبي ١٣٩/٣.

(٤) بداية المجتهد ١٦٦/٣.

حتّى انقضت عدّتُها بانت))[١]، وفيه:((... فتيقّنا بانقضاء العـدّة[٢]، ولا رجعة بعد انقضاء العدّة))[٣]. يعني: صارت أجنبيّةً منه؛ فلا يملك الرّجعة ولا تحلّ له إلاّ بالمراجعة وهي إنشاء عقد نكاحٍ جديد.

ما جاء في الهداية: ((ولا بدّ من قيام العدّة؛ لأنّ الرّجعـة اسـتدامة الملك، ألا ترى أنّه سُمِّي إمساكاً، وهو الإبقاء، وإنّما تتحقّق الاستدامة في العدّة؛ لأنّه لا ملك بعد انقضائها))[٤]؛ فإذا سقط الملك بعد انقضاء العدّة، يعني أنّها صارت أجنبيةً منه.

ما جاء في التّمهيد:((الْمُخْتَلِعَةُأملك لنفسها،لا تُنْكَح إلاّ برضاها))[٥].

وفيه: ((واختلف العلماء في الْمُختَلعة هل لزوجها أن يخطبها في عـدّها، ويراجعها بإذنها، ورضاها على حكم النّكاح؟فقال أكثر أهل العلم:ذلك جائزٌ له وحده،وليس لأحدٍ غيره أن يخطبها في عـدّها...،وقالـت طائفـةٌ مـن المتأخّرين: لا يخطبها في عدّها هو ولا غيره، وهو وغيره في نكاحها وعـدّها سواء، وهذا شذوذٌ، وبالله التّوفيق والعصمة))[٦].

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٢٨٣/٣.

(٢) العدّة: اسمٌ لأَجَلٍ ضُرِبَ لانقضاء ما بقي من آثار النّكاح، وقيل: اسـمٌ لفعـل التّربّص المحدود شرعاً.
انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٠٠-٣٠١، وشرح حدود ابن عرفة ٣٠٥/١، ومنتـهى الإرادات ٢٠٣/٢.

(٣) بدائع الصّنائع ٢٨٩/٣، وانظر: أحكام الجصاص ٩٧/٢.

(٤) الهداية للمرغيناني ٦/٢.

(٥) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٢٠٤/١١، وانظر: المعونة ٨٢٩/٢.

(٦) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٢٠٦/١١.

ما جاء في الجامع لأحكام القرآن: ((وأجمع العلماء على أنّ الحرّ إذا طلّق زوجَتَهُ الحرّةَ، وكانت مدخولاً بها تطليقةً أو تطليقتين؛ أنّه أحقّ برجعتها ما لم تنقضِ عدَّتُهَا، وإن كَرِهَتِ المرأةُ، فإن لم يراجعْهَا الْمُطَلِّقُ حتّى انقضت عدَّتُها فهي أَحَقُّ بنفسها وتصير أجنبيَّةً منه؛ لا تَحِلّ له إلاّ بخطبةٍ ونكاحٍ مستأنَفٍ، بولِيٍّ وإشهاد ليس على سنة المراجعة، وهذا إجماعٌ من العلماء))[1].

ما جاء في القوانين الفقهية: ((... وهذا كلّه ما دامت في العدّة؛ فإذا انقضت عدَّتُهَا صارت رَجْعَتُها كالرّجعة من الطّلاق البائن، ويحتاج في ذلك ما يحتاج في إنشاء النّكاح من: إذن المرأة، وبدل[2] صداق لها، وعقد وليّها))[3].

ما جاء في الهداية الكافية: ((باب في المراجعة؛ لم أرَ الشّيخ[4] حدَّها، ويمكن أنّه رأى أنّها تَدخلُ تحت حدِّ النّكاح؛ لأنّ النّكاح إمّا بمراجعةٍ أو بغيرها، فيقال فيها: نكاحٌ من زوجٍ في زوجة أبانها بغير الثّلاث))[5].

ما جاء في مواهب الجليل: ((وشرط المرتجع أهلية النّكاح...يريد: أنّ المرتجع والنّاكح يستويان في الشّروط دون انتفاء الموانع؛ فكلّ ما يشترط في الزّوج يشترط في المرتجع وذلك هو العقل))[6].

وفيه أيضاً: ((فصل: فإنْ رَاجَعَ هذا الزَّوجُ زوجتَهُ الْمُخْتَلَعَةَ منه أو

---

(١) تفسير القرطبي ٣/١١٥، وانظر: ١٨/١٤٢ منه.

(٢) كذا فيه، ولعلّ صوابه: ((بذل)) والله تعالى أعلم بالصّواب.

(٣) القوانين الفقهيّة للإمام ابن جُزَيّ ص ١٥٥.

(٤) يعني: الإمام ابن عرفة صاحب الحدود.

(٥) شرح حدود ابن عرفة ١/٢٨٩.

(٦) مواهب الجليل للحطّاب ٥/٤٠٢.

المفتدية[١]؛ فلا بدّ في ذلك من رضاها، ووليٍّ يَعْقِدُ عليها، وصداقٍ يبذل لها؛ كالنّكاحِ المبْتَدأ سواء؛ لأنّها قد مَلَكَت بالطّلاق أمر نفسها فصار هو في ذلك بِمَنْزلة غيره»[٢].

ما جاء في المهذّب: «فإن انْقَضَت العدَّةُ لَم يَمْلك رَجعَتَها؛لقوله ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾[٣]؛ فلو مَلَكَ رَجْعَتَها لَما نهى الأولياء عَنْ عَضلِهِنَّ عن النّكاح»[٤]، فدلّ على أنّه ينشئ نكاحاً جديداً.

ما جاء في المغني: «... فَتَبِينُ بِمُجَرّد طلاقها، وتصير كالْمَدخول بها بعد انقضاء عدّتها، لا رجعةَ عليها، ولا نفقة لها، وإنْ رغب مُطَلِّقُهَا فيها فهو خاطبٌ من الْخُطَّاب؛ يتزوّجها برضاها بنكاحٍ جديد»[٥].

ما جاء في الشّرح الكبير: «وأجمع أهل العلم على أنّ المرأة إذا طلّقها زوجُهَا فلم يرتَجعْها حتّى انقضت عدَّتُهَا؛ أنّها تَبِينُ منه؛ فلا تَحِلُّ له إلاّ بنكاحٍ جديد»[٦].

ما جاء في المحلّى: «...لا يكون طلاقٌ لا يَملكُ فيه الْمُطَلِّقُ الرَّجعةَ مــا

---

(١) الْمُفْتَدية: هي التي افْتَدَت ببعض مالها أو بكلّه ليطلّقها زوجها.
انظر: التّمهيد ٢٠٦/١١، وتفسير القرطبي ١٣٩/٣.

(٢) مواهب الجليل ٤٠٣/٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

(٤) المهذّب للشّيرازي ٩٠/٣، و٩٣، و٩٥.

(٥) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٥٤٨/١٠، و٥٥٣.

(٦) الشّرح الكبير لشمس الدّين ابن قدامة المقدسي ٩٩/٢٣، وانظر: شــرح منتــهى الإرادات ٥١٠/٥.

دامت في العدّة إلاّ طلاق الثّلاث مجموعةً أو مفرَّقةً، وطلاق التي لم يطأها الْمُطَلِّق، سواء طلَّقها واحدةً أو اثنتين أو ثلاثاً، إلاّ أنّه دون الثَّلاث؛ إنْ رضي هو وهي فلهما ابتداء النّكاح بولِيٍّ وإشهادٍ وصداقٍ، هذا حكم الفسخ»[1].

شرح مفردات القاعدة:

الرّجعة، لغةً: نقيض الذّهاب بمعنَى: الرّجوع، وهو العود إلى ما كان منه البدءُ أو تقديرُ البدءِ مكاناً كان أو فعلاً أو قولاً، وبذاته كان رجوعه أو بجُزءٍ من أجزائه أو بفعلٍ من أفعاله. والرَّجْعُ والرَّجْعَة بمعنَى: الإعادة، ارْتَجعها واسترجعها؛ إذا أعاد الشّيء إلى ملكه، ورَجَعَت المرأةُ إلى أهلها بموت زوجها أو بطلاق، فهي راجعٌ[2].

وفي اصطلاح الفقهاء: رفع الزّوج أو الحاكم حرمةَ المتعة بالزّوجة لطلاقها[3].

وقيل: هي: ارتجَاعُ الزّوجة المطلَّقة غير البائن إلى النّكاح من غير استئناف عقد جديد[4].

والمراد بالرّجعة هنا: المراجعة، كما سيأتي بيان وجه فرقٍ بين (الرّجعة) و(المراجعة) قريباً إن شاء الله.

الطّلاق، لغةً هو: التّخلية وإزالة القيد من الوثاق، يقال: أطلقتُ البعيرَ من عِقالِه وطلَّقْتُهُ، وهو طالقٌ وطَلْقٌ بلا قيدٍ، ومنه استُعيرَ: طلَّقْتَ المرأةَ

---

(١) المحلّى لابن حزم ١٠/٢٥.

(٢) انظر: المفردات ص١٩٥، ومختار الصّحاح ص٢٣٤-٢٣٥، والمصباح المنير ص٨٤.

(٣) انظر: حدود ابن عرفة ١/٢٨٧، ومواهب الجليل ٥/٤٠١، و٤٠٣، وشرح منتهى الإرادات ٥/٥٠٥، وفتح الباري ٩/٢٥٨.

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٩٦.

نحو: خَلَّيْتَها فهي طالقٌ، أي: مُخَلاَّةٌ عن حبالة النّكاح[١].

وفي الاصطلاح الشّرعي: حَلُّ العصمة المنعقدة بين الزّوجين بألفاظٍ مخصوصة[٢].

بعد الطّلاق، أي: بعد الطّلائق البائن.

النّكاح: أصله في اللّغة دخول الشّيء في الشّيء، من قولهم: نكح النّومُ العينَ، بمعنى: دخل فيها، ونَكَحَتِ الحصى أخفاف الإبل، دخلت فيها.

ويطلق على العقد، ثم استُعِيَر للجماع[٣].

وشرعاً هو: عقد التزويج يحلّ به استمتاع كلٍّ من الزّوجين بالآخر[٤].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة أنّ حكم الرّجعة بعد الطّلاق حكم استئناف النّكاح الجديد، ويحتاج في ذلك ما يحتاج في النّكاح من إذن المرأة، وبذل صداق لها، وعقد وليّها.

فالرَّجْعَةُ عموماً مشروعةٌ باتّفاق الفقهاء، وهي مستحبّةٌ حفاظاً للعصمة الزّوجية، والمقصد الشّرعي في ترابط الآصرة الأسرية، وسواءٌ في ذلك أثناء العدّة أم بعد انقضائها، والأصل في مشروعيتها الكتاب والسّنة والمعقول والإجماع.

---

(١) انظر: المفردات ص٣٠٩، ومختار الصّحاح ص٣٩٦، والمصباح المنير ص١٤٢-١٤٣.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٣/١٢٠، وحدود ابن عرفة ١/٢٧١، والمغني ١٠/٣٢٣.

(٣) انظر: المفردات ص ٥٠٦، والنّهاية ٥/١١٤، وغرر المقالة ص ١٩٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٦٢.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٢٩٧، حدود ابن عرفة ١/٢٣٥، ومواهب الجليل ٥/١٩، والفواكه الدّواني ٢/٢، والمغني ٩/٣٣٩، وشرح منتهى الإرادات ٥/٩٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٥٨.

أمّا الكتاب فقوله -تعالى-: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾[(١)]، أي: برجعتهن[(٢)].

وقوله -تعالى-: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ﴾[(٣)]، و: ﴿ وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ ﴾[(٤)]، والإمساك بالمعروف هو الرّجعة[(٥)].

وقوله -تعالى-: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾[(٦)]، وذلك أنّ قوله: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ ﴾، أي: بعد البَيْنِ، ثم قال تعالى: ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾، أي: إنْ طلّقها الزّوج الثّاني ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾، أي: لا جناح في المراجعة بينها وبين الزّوج الأوّل الذي بانتْ منه[(٧)].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٢) انظر: أحكام ابن العربي ١/٢٥٤-٢٥٥، وتفسير القرطبي /١١٥، وتفسير السّعدي ص ١٠٢.
وانظر أيضاً: بدائع الصّنائع ٣/٢٨٤، والتّمهيد ١١/٢٤٦-٢٤٧، والمهذّب ٣/٩٢، والمغني ١٠/٥٤٧، وشرح منتهى الإرادات ٥/٥٠٥، والمحلّى ١٠/١٣، و١٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٣١.

(٥) انظر: أحكام الجصاص ٢/٨٧-٨٩، و٩٧، وأحكام ابن العربي ١/٢٦٠، و٢٦١، و٢٦٩، و٤/٢٧٩، وتفسير القرطبي٣/١٢١-١٢٢، و١٢٧، و١٤٧، و١٨/١٤١، وتفسير السّعديّ ص ١٠٣، و٨٧٠، وانظر: بدائع الصّنائع ٣/٢٨٥، و٢٨٧، و٢٩٥، ومختصر المزني ص ٢٦٨، وشرح منتهى الإرادات ٥/٥٠٧.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٧) انظر: المفردات ص ٣٠٩، وأحكام ابن العربي ١/٢٦٧-٢٦٨، وتفسير القرطبي =

وأمّا السّنة فغير ما حديث،منه قوله ﷺ : ((... مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا...))[1].

وأجمع المسلمون من عصر الرّسول ﷺ إلى يومنا هذا على مشروعيّة الرّجعة والمراجعة[2].

والرّجعة الواردة في القاعدة إنْ حُمِلَت على المعهود لدى الفقهاء – كما سبق عند شرح مفردات القاعدة- لا يستقيم معنَى القاعدة ولا مفادُها؛ وذلك لأنّ الرّجعيةَ زوجةٌ، يَملك الزّوجُ منها ما يَملكه مِمَّنْ لم يُطَلِّقها، فلا يحتاج إلى حكم ابتداء النّكاح[3]، لذا لا بدّ من حملها على مصطلح (المراجعة) على ما درج عليه بعضُ الفقهاء؛ وهي إذا تزوّج الرّجلُ مُطَلَّقتَها طلاقاً بائناً منه بِعَقْد نكاحٍ جديدٍ، وقد أطلقوا عليها النّكاح؛ لثبوت فرقٍ بين كلمة (الرّجعة) و(المراجعة)؛ فالرّجعة في غير البائن، والمراجعة في البائن؛ فيُستَعْمل في رجعة الْمُطَلَّقَة غير البائن لفظ (ارْتَجَعَ) دون (رَاجَعَ)؛ لأنّ الرّجعةَ بيد الزّوج وحده، وإن كانت بائناً استُعْمِلَ لفظ: (رَاجَعَ)؛ لكون الحال متوقِّفاً على رضا الزّوجين فهي

=

١٢٣/٣، و١٤١، و١٤٥، وتفسير السّعدي ص ١٠٣، ومختصر المزني ص ٢٦٩، والمهذّب ٩٥/٣، والمغني ٥٤٨/١٠.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه٢٥٨/٩، كتاب الطّلاق، برقم:(٥٠٦٠)،ومسلم في صحيحه١٠٩٣/٢، كتاب الطّلاق، باب تحريم طلاق الحائض...، برقم:(١٤٧١).

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٨٤/٣-٢٨٥-٢٨٩، والمعونة ٨٢٥/٢-٨٢٧، وتفسير القرطبي ١١٥/٣، و١١٨، والقوانين الفقهية ص ١٥٥، وإجماع ابن المنذر ص ٤٣، ومنتهى الإرادات ١٧٩/٢.

(٣) انظر: المقدّمات٥٤٥/١،والإنصاف٨٤/٢٣-٩١، ومنتهى الإرادات٥٠٨/٥.

مفاعلةٌ، وهذه المراجعة هي التي بمعنَى النّكاح[1].

جاء في الهداية الكافية: ((وقوله: المعتدّة، احترز به إذا خرجت من العدّة؛ فإنّها مراجعة لا رجعة...، قوله: غير خلعٍ، أخرج به طلاق الخلع؛ لأنّ ما يقع بعده مراجعة لا رجعة، وكذلك بعد دخول))[2]، وقال إنّه نكاح بقوله: ((بابٌ في الْمُرَاجعة، لم أرَ الشّيخ حدَّها، ويُمكن أنّه رأى أنّها تدخل تحت حدّ النّكاح؛ لأنّ النّكاح إمّا بمراجعةٍ أو بغيرها؛ فيقال فيها: نكاحٌ من زوجٍ في زوجةٍ أبانها بغير الثّلاث))[3].

وقرّره في مواهب الجليل، ونسبه إلى كثير من الفقهاء والموثّقين، وأجاب عن الاحتمال الوارد عليه قائلاً: ((المراجعة ما إذا تزوّج مَنْ طَلَّقَها طلاقاً بائناً؛ لأنّه وإنْ صحّ أن يُقال: ارْتَجع زوجَتَهُ وراجَعَها في الْمُطَلَّقة طلاقاً رجعيّاً، إلاّ أَنّ كثيراً من الفقهاء والموثّقين يستعملون في رجعة الْمُطَلَّقة غير البائن لفظ (ارْتَجَع) دون (رَاجَعَ)؛ لأنّ الرّجعة بيد الزّوج وحده، وإن كانت بائناً استعملوا: (رَاجَعَ)؛ لكون الحال مُتوَقِّفاً على رضا الزّوجين فهي مفاعلة...))[4]، والمفاعلة تقتضي الحصول من الجانبين[5]، ثم قال: ((إلاّ أنّ قوله ﷺ في قصّة ابن عمر: (مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا...)[6] يخالف ذلك..، و لا

---

(١) انظر: المعونة٢/٨٢٦، وتفسير القرطبي٣/١١٥، والقوانين الفقهية ص١٥٥، وشرح حدود ابن عرفة ١/٢٨٧-٢٩٠، ومواهب الجليل ٥/٤٠١، والمهذّب ٣/٩٢، والمغني ١٠/٥٥٨، والشّرح الكبير ٢٣/٧٩، وشرح منتهى الإرادات ٥/٥٠٦.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ١/٢٨٧.

(٣) شرح ابن حدود ابن عرفة ١/٢٨٩.

(٤) مواهب الجليل للحطّاب ٥/٤٠١.

(٥) انظر: حاشية الدّسوقي ٢/٤١٥.

(٦) تقدّم تخريجه قريباً.

اعتراض بالحديث؛ لأنّه ورد بحسب اللّغة، وهذا اصطلاح الفقهاء»[1].

وإذا تقرّر هذا؛ فهذه قاعدةٌ جليلةٌ شريفةٌ تُقَرِّرُ أنّ حكم الرّجعة بعد الطّلاق البائن حكم ابتداء النّكاح، والمراد بالرّجعة في القاعدة المراجعة كما تقدّم ذلك، وهي التي تكون بعد البينونة، وحقيقتُها: أَنْ ينشأَ الزّوجُ عقدَ نكاحٍ جديدٍ على مُطَلَّقَته البائن منه بينونةً كبرى أو صُغْرَى.

أمّا البينونةُ الصُّغرَى فلَه أن يعقدَ عليها بنكاحٍ جديد، ويكون أحدَ خُطّابها سواء، إلاّ أنّه يفارقهم في كونه له أن يَعْقدَ عليها في عدّهّا منه إذا تراضيا ولا يضرّه ذلك دون مَنْ سواه؛ وذلك لأَنّ العدّة منه، والماء ماؤه فلا حرج في ذلك عليه[2].

وأمّا البينونةُ الكُبْرَى فحكمها الأصلي هو زوال الملك، وزوال حلّ المحلّ؛ فليس له أن يراجعها لا في العدّة ولا بعد انقضاء العدّة إلاّ بعد أن تَزَوَّجُ المرأةُ بزوجٍ آخر بنكاحٍ جديد صحيحٍ، وتذوق عُسَيْلَتَهُ وهو -أيضاً- يذوق عُسَيْلَتَهَا، يعني: يحصل بينهما الجماع[3]؛ لقوله -تعالى-: ﴿ **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ** ﴾[4]، وفسَّرَهُ النّبيّ ﷺ بقوله: «... لا حتّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ ويَذوقَ عُسَيْلَتَكِ»[5].

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب ٤٠١/٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٨٣/٣-٢٨٥-٢٨٩، و٢٩٥، و٣٢٣، والهداية ١٠/٢، ورسالة القيرواني ص٢٠١، والمعونة٨٢٥/٢،و٨٢٩،والتّمهيد٦٧/١١، و٧١، و٢٠٦،والاستذكار٤٥٠/٤، ومواهب الجليل٤٠٣/٥، وإجماع ابن المنذر ص ٤٣، والمغني٥٥٥/١٠، والشّرح الكبير ٩٩/٢٣، وشرح منتهى الإرادات ٥١٠/٥.

(٣) انظر: المراجعة السّابقة.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٩٥/٥، كتاب الشّهادات، باب شهادة الْمُختَبِئ، =

قال في التّمهيد: «وفي هذا الحديث دليلٌ على أنّ المطلَّقة ثلاثاً لا يُحلّها لزوجها الْمُطَلِّق لها إلاّ طلاق زوجٍ قد وطأها، وأنّه إنْ لم يطأها وطلّقها فلا تحلّ لزوجها الأوّل.

وفي هذا الحديث تفسيرٌ لقول الله ﷻ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[1]، وهو يخرج في التّفسير المسند، وذلك أنّ لفظ النّكاح في جميع القرآن إنّما أُريدَ به العقد لا الوطء، إلاّ في قوله:﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[2]؛فإنّه أريد بلفظ النّكاح ههنا العقد والوطء جميعاً، بدليل السّنة الواردة في هذا الحديث،وذلك قوله ﷺ :(...لا تَحِلُّ له حتّى تَذُوقَ العُسَيْلَةَ) والعُسَيْلَةُ ههنا الوطء، لا يختلفون في ذلك»[3].

ثم بعد ذلك إذا حصل الفراقُ بينها وبين الزّوج الثّاني إمّا بالموت أو بالطّلاق أو غير ذلك؛ فلهما أن يتزاوجا بعَقْد نكاحٍ جديد إذا تراضيا على ذلك، وهو قوله –تعالى-: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾[4].

وحقيقة الطّلاق: أَنْ يقولَ الزّوجُ لزوجته: أَنْتِ طالقٌ، مَرَّةً واحدةً، في طهرٍ لم يُجَامِعَها فيه، وهذا هو الطّلاق المجمع على سُنيّته[5].

=

برقم: (٢٥٥٨)، ومسلم في صحيحه ١٠٥٥/٢، كتاب النّكاح، باب لا تحلّ المطلّقة ثلاثاً... برقم: (١٤٣٣).

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٧١/١١، والاستذكار ٤٥٠/٤.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٠/٣، و١٤٦، و١٥٧، ورسالة القيرواني ص ٢٠١،

=

فإذا تَلَفَّظَ الزّوجُ بذلك وَقَعَ الطّلاقُ، ودخلت المرأةُ في العدّة من حينه، فتصبح مُتَربِّصةً، تتربّص لِمُدَّة كامل العدّة التي تختلف باختلاف أحوال المرأة بين أن تكون: ذات حيضٍ، أو حملٍ، أو آيسةٍ، أو صغيرةٍ.

فإن كانت ذات حيضٍ فعدّتها ثلاثة قروء، وهي ثلاثة أطهارٍ أو حِيَضٍ على اختلاف بين أهل العلم في المراد بذلك، ودليل ذلك قوله - تعالى-: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[1]، والقول بأنّ المراد بالقروء في الآية هو الطّهر أرجح في نظري[2].

ما تحصل به البينونةُ:

تَبِينُ المطلّقة من زوجها بانقضاء عدّتها، وهي ثلاثة أنواع: عدّة الأقراء، وعدّة الأشهر، وعدّة الحبل[3].

=

والمعونة ٨٣٣/٢، والتّمهيد ٢٤٥/١١، و٢٥٤، وإجماع ابن المنذر ص٤٣، ومختصر الخرقي ٣٢٥/١٠، وأحكام الجصاص ٧٤/٢-٧٥، و٣٤٧/٥، وأحكام ابن العربي ٢٥٨/١، و٢٧١/٤، وتفسير القرطبي ١١٢/٣، و١٢١، و١٣٥/١٨، وفتح الباري ٢٥٩/٩، وتفسير السّعدي ص ٨٦٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٦٢.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٢) انظر: التّمهيد ٢٤٥/١١، و٢٥٤، و٢٦٣-٢٧١، والاستذكار ١٥١/٥-١٥٥، والشّرح الكبير ١٠٨/٢٣، وأحكام ابن العربي ٢٥٠/١، و٢٥٣، وتفسير القرطبي ١٠٨/٣-١١١، و١٣٨/١٨، وشرح مسلم ٣٠٤/١٠-٣١١، وتفسير السّعديّ ص ١٠١.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٣٤٦/٥-٣٥٥، وأحكام ابن العربي ٢٧٣/٤، وتفسير القرطبي ١٠٨/٣، و١١١، وبدائع الصّنائع ٣٠١/٣، ورسالة القيرواني ص ٢٠١، والتّمهيد ٢٥٤/١١، والاستذكار ١٥٣/٥-١٥٩، ومختصر خليل ص ١٤٥، وشرح مسلم ٣٠٥/١٠، وفتح الباري ٢٦٣/٩، والمغني ٥٥٥/١٠، و٥٦٣، والشّرح الكبير ٩٩/٢٣، ومنتهى الإرادات ٢٠٣/٢، وشرح منتهى

=

أمّا عدّة الأقراء؛ فهي في ذات قرءٍ وتَبينُ بظهور أوّل الحيضة الثّالثة على القول بأنّ القرء هو الطّهر، وعلى القول بأنّه الحيض تَبينُ إذا طهرت من الحيضة الثّالثة؛ دليله قوله -تعالى-: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[1].

وأمّا عدّة الأشهر فهي لآيِسَة أو صَغيرَة؛ فإنّها تَبينُ بإكمال ثلاثة أشهرٍ قمرية. دليله قوله -تعالى-: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ﴾[2].

وأمّا عدّة الحمل؛ فهي في الحامل تَبينُ بخروج كامل ولد، حتّى لو كانت حاملاً بأكثر من ولد لا تَبينُ حتّى يخرج آخر الولد، دليله قوله -تعالى-: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[3].

وإذا انقضت عِدَّتُهَا بإحدى خصال ثلاث حَسَب حالها، بانت من زوجها الْمُطَلِّق،والبينونة -أيضاً- على نوعين:بينونةٌ كُبْرَى،وبينونةٌ صُغْرَى.

أمّا حقيقةُ البينونة الكُبْرَى فهي التي تقع قبل الدّخول بلا خلاف، أو بعد الدّخول عقب الطّلقة الثّالثة، أو يطلّقها ثلاث تطليقات مجتمعةٍ في كلمة، أو متفرِّقةٍ في كلماتٍ في الحرّ وثنتان في الرّقّ، أو مِنْ قِبَلِ العوض في الخلع.

وهذه البينونةُ موجبةٌ لزوال الملك، وموجبةٌ للتّحريم إلاّ بعد زوجٍ،فلا تحلّ لزوجها وليس له أن يراجعها حتّى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويحصل فيه جماعٌ، ثم يطلّقها الثّاني، أو يموت عنها، دلّ عليه

=

الإرادات ٥/٥١٠، و٥٨٩.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٢) سورة الطّلاق، الآية: ٤.

(٣) سورة الطّلاق، الآية: ٤.

قوله -تعالى-: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾(١)، وقد تقدّم ذلك أيضاً.

وأمّا البينونة الصّغرى فهي التي تقع بانقضاء عدَّة المطلّقة الرّجعية في الطّلقة الأولى أو الثّانية، حيث لا يراجعها حتّى تنقضي عِدَّتُهَا؛ فإذا انقضت عدّتها بانت منه بينونةً صغرى؛ ويعني ذلك: أنّ له أن يكونَ أحدَ خُطّابها، ويَعْقدَ عليها مَرَّةً أخرى بنكاحٍ جديدٍ مستأنفٍ من غير أن تنكح زوجاً غيره(٢).

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لا خلاف بين أهل العلم قاطبةً في معنَى القاعدة، وأنّ الزّوجَ المطلِّقَ له أَنْ يراجعَ مُطلَّقَتَهُ البائن منه سواء في العدّة أم بعدها إن كانت بائناً منه بينونةً صُغْرَى من دون احتياجٍ إلى أن تنكح زوجاً آخر غيره؛ لأنّ النّهي عن التّزويج للأجانب لا للأزواج؛ ولأنّ عدّة الطّلاق إنّما لَزِمَتْهَا حقّاً

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٥٩-١٦٠، والهداية ٢٤٠/١، و٦/٢-١٠، وبدائع الصّنائع ١٥٢/٣، و٢٨٣، و٢٨٩-٢٩١، و٢٩٥، و٣٢٣، ورسالة ابن أبي زيد ص ٢٠٢، والمعونة ٨٢٥/٢-٨٢٩، والتّمهيد ٢٤٥/١١، و٢٥٤، و٢٦٣-٢٧١، والاستذكار ١٥٣/٥-١٥٥، وبداية المجتهد ١١٧/٣، وتفسير القرطبي ١١١/٣، و١٢١-١٢٣-١٢٧، و١٤٠-١٤١، وحدود ابن عرفة ٢٨٧/١، ومختصر المزني ص ٢٦٨-٢٧٠، وإجماع ابن المنذر ص ٤٣، والمهذّب ٩٠/٣، و٩٥، والمجموع ٢٨٤/١٨، والمغني ٢٧٨/١٠، و٥٥٥، و٥٦٣-٥٦٧، والشّرح الكبير ٩٩/٢٣، ومنتهى الإرادات ١٧٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٠٥/٥، والمحلّى ١٣/١٠، و٢٥، وإجماع ابن المنذر ص ٤٣-٤٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٦٣، وإجماع ابن عبد البرّ ص ٢٦١-٢٦٣.

للزّوج لكونها باقيةً على حكم نكاحه من وجه؛ فإنّما يظهر في حقّ التّحريم على الأجنَبي لا على الزّوج؛ إذ لا يجوز أن يمنعه حقّه.

أمّا إن كانت بائناً منه بينونةً كُبْرَى فلا تحلّ له إلاّ بعد أن تَنْكَح زوجاً غيره، وقد تقدّم كلّ ذلك، بدليله، والحمد لله.

كما اتّفقوا على أنّه يُعتبَر في هذه الرّجعة ما تُعتَبَرُ في إنشاء نكاحٍ جديد؛فيشترط كون الْمُرْتَجِع له أهليةُ النّكاحِ؛بأن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً غير مرتدّ؛لأنّ المراجعة كإنشاءالنّكاح فلا تصحّ في الرّدّةوالصّبا والجنون[١].

قال في الجامع لأحكام القرآن: «وأجمع العلماء على أنّ الحرّ إذا طلّق زوجَتَهُ الحرّةَ، وكانت مدخولاً بها تطليقةً أو تطليقتين؛ أنّه أَحَقُّ بِرَجْعَتِهَا ما لم تنقض عدّتُهَا، وإن كَرِهَت المرأةُ، فإن لم يراجعْهَا الْمُطَلِّقُ حتّى انقضت عدّتُها فهي أَحَقُّ بنفسها وتصير أجنبيَّةً منه؛ لا تَحِلّ له إلاّ بخطبةٍ ونكاحٍ مستأنَف، بوليٍّ وإشهاد، ليس على سنة المراجعة، وهذا إجماع من العلماء...، وكلّ مَنْ راجَعَ في العدّة؛ فإنّه لا يلزمه شيءٌ من أحكام النّكاح غير الإشهاد على المراجعة فقط،وهذاإجماعٌ من العلماء»[٢].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لصحّة هذه القاعدة بما يلي:

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٤٥-١٤٧، وبدائع الصّنائع ٢/٤٨٩-٤٩٠، و٣/١٥٨، و٢٨٣، و٢٨٩، و٢٩٣، والهداية ٢/٦-١١، ورسالة القيرواني ص ٢٠١، والمعونة ٢/٨٢٦، والتّمهيد ١١/٢٠٦، وعقد الجواهر ٢/٥٤١، ومواهب الجليل ٥/٤٠٢، والمهذّب ٣/٩١، و٩٣، والشّرح الكبير ٢٣/٩٢-٩٣، و٩٩، وشرح منتهى الإرادات ٥/٥١٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٦٣.

(٢) تفسير القرطبي ٣/١١٥.

١-قوله -تعالى-: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾[(١)].

قال في تيسير الكريم الرّحمن: «... فإذا تزوّجها الثّاني راغباً، ووطأها ثم فارقها وانقضَتْ عدَّتُها: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ﴾، أي: على الزّوجِ الأوّل والزّوجة، ﴿أَن يَتَرَاجَعَآ﴾، أي: يُجَدِّدا عقداً جديداً بينهما؛ لإضافته التّراجُعَ إليهما؛ فدلّ على اعتبار التّراضي.

ولكن يشترط في التّراجع أن يَظُنّا: ﴿أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾، بأَنْ يقومَ كلٌّ منهما بحقّ صاحبه، وذلك إذا نَدمَا على عشرهما السّابقة الموجبة للفراق، وعَزَمَا أَنْ يبدلاها بعشرة حسنة؛ فهنا لا جُناحَ عليهما في التّراجع.

ومفهوم الآية الكريمة: أنّهما إِنْ لَمْ يَظُنّا أَنْ يُقيما حدود الله -بأَنْ غلب على ظنّهما أنّ الحال السّابقة باقيةٌ، والعشرةَ السَّيِّئةَ غيرُ زائلةٍ- أنّ عليهما في ذلك جُناحاً»[(٢)].

٢-وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾[(٣)].

ووجه الاستدلال منه؛ حيث إنّ الخطابَ لأولياء المرأة المطلَّقة دون الثّلاث، إذا خرجت من العدَّة، وأراد زَوجُها أن ينكحها ورضيت بذلك؛ فلا يجوز لوليّها من أبٍ أو غيره أن يعضلها، أي: يَمنعها من التّزوّج به؛

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

(٢) تفسير السّعدي ص ١٠٣، و١٠٢.

وانظر: بدائع الصّنائع ٢٩٤/٣، والاستذكار ١٤٦/٥، وأحكام ابن العربي ٢٥٦/١، و٢٧٠، وتفسير القرطبي ١٢١/٣-١٢٢، و١٤٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

فاشترط الولِيّ ورضاها؛ لأنّه نكاحٌ جديدٌ[١].

٣-ولأنّ المرأةَ قد مَلَكَت أمرَ نفسها بانقضاء العدّة؛ إذ لا مِلْك للـزّوج بعد انقضائها؛ فصار الرّجلُ أجنبيّاً منها، وقد قال النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم: «الأيِّمُ[٢] أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»[٣]، فإذا كانت أَحَقَّ بنفسها من ولِيِّها -مع أنّ الحقّ مشتركٌ بينهما إلاّ أنّها أحقّ به منه؛ من حيث إنّها لا تُزَوَّج إلاَ برضاها- فمن باب أولى أن تكون أحقَّ بنفسها من رجلٍ أجنَبِيٍّ عنها ولا يشاركها في الأحقّيّة[٤].

قال في الجامع لأحكام القرآن: «معنَى ذلك: أنّها أحقّ بنفسها في أنّه لا يَعْقِد عليها إلاّ برضاها، لا أنّها أحقّ بنفسها في أَنْ تعقِدَ عقدَ النّكاح على نفسها دون وليّها»[٥].

٤-ولأنّ الأصل في كلّ عقد كان انعقادُهُ بعاقدين أن يكون ارتفَاعُهُ بهما أيضاً؛ كالبيع والإجارة ونَحوهما، وحصول البينونة يقضي بارتفاعهما،

---

(١) انظر: المقدّمات ١/٥٤٣، وتفسير القرطبي ٣/١٥٠-١٥٢، وتفسير السّعدي ص١٠٣.

(٢) الأَيِّمُ هنا: الثَّيِّب، كما فسَّرَتْه الرّواية الأخرى، عند مسلم في الموضع نفسه، وهي التي آمَتْ مِنْ زوجها بِموته أو طلاقه وهي الثَّيِّبُ.
انظر: الاستذكار ٤/٣٨٨-٣٩٢، والتّمهيد ١١/١٦-٢٥، وشرح مسلم ٩/٢٠٨.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٢/١٠٣٧، كتاب النّكاح، باب استئذان الثَّيِّب في النّكاح ....، برقم: (١٤٢١).

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٢٨٣، و٢٨٩، و٢٩٣-٢٩٥، والهداية ٢/٦، والاستذكار ٤/٣٨٨-٣٩٢، والتّمهيد ١١/١٦-٢٥، ومواهب الجليل ٥/٤٠٣.

(٥) تفسير القرطبي ٣/٧٠، و١١٧، وانظر: الاستذكار ٤/٣٨٩-٣٩٠، وشرح مسلم ٩/٢٠٨.

ويصيّرهما أجنبيَين، ولا يجتمعان إلاّ بسببٍ شرعِيٍّ جديدٍ وهو عقد نكاحٍ جديدٍ[1].

قال في بدائع الصّنائع: «ولأنّ النّكاح بعد الطّلاق الرّجعِي قائمٌ من كلّ وجه، وبعد الثّلاث والبائن قائمٌ من وجه حال قيام العدّة؛ لقيام بعض الآثار، والثّابت من وجهٍ كالثّابت من كلّ وجهٍ في باب الحرمات احتياطاً»[2].

من تطبيقات القاعدة:

١- أنّ مراجعة المطلّقة البائن كإنشاء عقد نكاحٍ جديدٍ؛ فيشترط فيها كلّ ما يشترط في عقد النّكاح سواء[3].

٢- أنّ للزّوج أنْ يتزوّج امرأته المطلّقة البائن منه بينونةً صغرى في عدّتها منه بعقد جديد، وكذلك المختلعة والمفتدية منه؛ لأنّ العدّة منه، والماء ماؤه؛ فلاً حرج في ذلك عليه[4].

٣- أنّ الزّوج إذا أراد مراجعة زوجته المختلعة منه أو المفتدية فلا بدّ في ذلك من رضاها ووليٍّ يعقد عليها، وصداقٍ يُبْذَلُ لها؛ كالنّكاح الْمُبْتَدَأ سواء؛ لأنّها قد ملكتْ أمرَ نفسها؛ فصار هو في ذلك بِمَنْزلة غيره إلاّ أنّه ينفرد بتزويجها في العدّة دون غيره[5].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٥٦/٣.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٢٣/٣.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ١٤٥-١٤٧، وبدائع الصّنائع ٤٨٥/٢، و٤٨٩-٤٩١، والهداية ٦/٢-٧، والمعونة ٧٢٧/٢، و٧٥٠، وتفسير القرطبِي ٢٤٢/١٨، والمغني ٥٤٨/١٠، و٥٣٣، والمحلّى ٢٥/١٠.

(٤) انظر: الهداية ١٠/٢، ومواهب الجليل ٤٠٣/٥، والشّرح الكبير ١٠١/٢٣.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ١٥٢/٣، و٣٢٣، والتّمهيد ٢٠٦/١١، والاستذكار ٣١/٥، =

٤- إذا طلّق الرّجلُ امرأته طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوّج بأختها حتّى تنقضي عدّة البائن منه؛ لأنّ النّكاح الأوّل قائمٌ لبقاء أحكامه[١].

٥- أنّ هذه الرّجعة -المراجعة- لا تجوز من المريض ولا الْمُحْرِم؛ لأنّها بمعنَى النّكاح؛ فَيَمْنَعُ منها المرضُ والإحرامُ[٢]؛ لقوله ﷺ: ((لا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلا يُنْكَحُ، ولا يَخْطُبُ))[٣].

=

ومواهب الجليل ٤٠٣/٥، والمغني ٥٤٧/١٠، و٥٥٣، والمحلّى ٢٥/١٠.

(١) وعند الشّافعية يجوز أن يعقد على أختها إذا كانت العدّة عن طلاق بائنٍ أو ثلاث؛ لانقطاع النّكاح بالكلّيّة، ولأنّ الرّجعة عندهم إنشاءٌ لعقد جديد، وليس استدامةً للنّكاح السّابق. انظر: مختصر القدوري ص ١٤٥، والهداية ١٩٣/١، والمهذّب ٩٠/٣-٩٣.

(٢) انظر: القوانين الفقهية ص ١٥٥، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٤٠٢/٥، وشرح مسلم ١٩٦/٩.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة: [٢٦] المانع (٤) من موانع الإحرام.

المبحث الثّالث: الضّابط التّاسع والعشرون [٢٩]

[الأصل أنْ لا فرقة إلاّ بطلاقٍ]

ذكر ابن رشد هذا الضّابط ضمن الأحكام اللازمة لتمام اللّعان(١)، مُبَيِّناً به سبب اختلافهم، ودليلاً لقول القائل بعدم حصول الفرقة باللّعان؛ حيث قال: ((وأمّا متَى تقع الفرقة؟

فقال مالكٌ واللّيث(٢) وجماعة: إنّها تقع إذا فرغا جميعاً من اللّعان(٣).

---

(١) اللّعان: هو يَمينُ الزّوج على زوجته بزنًى، أو نفي نسب، ويَمينُ الزّوجة على تكذيبه.
انظر: أنيس الفقهاء ص٥٧، وجامع الأمهّات ص٣١٤، ومنتهى الإرادات ٢/١٩٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٦١.

(٢) هو الإمام الحافظ أبو الحارث اللّيث بن سعد بن عبد الرّحمن الفهمي بالولاء، إمام أهل مصرٍ في عصره حديثاً وفقهاً، توفي رحمه الله سنة: (١٧٥هـ).
انظر: ترجمته في: تاريخ بغداد ١٣/٣-١٤، وسير أعلام النّبلاء ٨/١٣٦-١٦٣، والأعلام ٥/٢٤٨.

(٣) وتوجب تأبيد التّحريم، وممَّن قال به: فقهاء المدينة، وسائر الحجازيّين، وأهل الشّام، وزفر بن الهذيل من الحنفية، وأبو عبيد وأبو ثور، وهو المذهب عند الحنابلة، اختاره أكثر الحنابلة، وصناعة ابن قدامة الفقهية تقتضي اختياره له؛ حيث عهد منه أن يبدأ القول المختار لديه بقوله: ((ولنا))، ولم يذكره في هذه المسألة، بل أجاب عن معنَى تفريقهما، وقدّمه في التّفريع عليهما في المغني ١١/١٤٥، و١٤٦، وقدّمه في المنقع، والشّرح الكبير، وقال في الإنصاف ٢٣/٤٣٥-٤٣٦: ((قوله: الثّاني: الفرقة بينهما، يعني: تَحصل الفرقة بتمام تلاعُنهما، فلا يقع الطّلاق، هذا المذهب))، وقدّمه في الفروع ٩/٢١٣، وهو مذهب الظّاهرية.

من أدلّتهم:

١- قوله ﷺ : ((لا سبيل لك عليها))، قال الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ١١/٢٢٧: ((فيه كفايةٌ ودلالةٌ صحيحةٌ على أنّ اللّعان هو الموجِب للفرقة بينهما، وأنّ الحاكم إنّما يُنفِّذ
=

=

الواجب في ذلك من حكم الله تعالى ذكره، و لم يكن تفريق النّبيّ ﷺ بين المتلاعنين بعد اللّعان استئنافَ حكمٍ، وإنّما كان تنفيذاً لمَا أوجبه الله تعالى باللّعان بينهما، فالواجب على سائر الحكّام تنفيذ الحكم بذلك، والتّفريق بينهما، فإن فعل فقد فعل ما يجب، وإن ترك كان الحكم بالفرقة بينهما نافذاً». وانظر: الاستذكار ١٠٣/٥.

٢- وأثر ابن عمر رضي الله أنّه قال: «المتلاعنان لا يَجتمعان أبداً»، وهو نصٌّ في الباب، وفي بقاء النّكاح اجتماعهما وهو خلافَ النّصّ. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفه ١٩/٤، برقم: (١٧٣٧١).

وأخرجه مسلم في صحيحه ١١٣١/٢، كتاب اللّعان برقم: (١٤٩٣)، من حديث سعيد بن جُبير أنّه قال: قلتُ: أبا عبد الرّحمن! الْمُتلاعنان، أَيُفَرَّقُ بَيْنَهُما؟ قال -أي: ابن عمر-: «سبحان الله! نعم».

٣- أنّ وجوب اللّعان على المرأة دليلٌ على أنّ التعانها له تأثيرٌ في الفرقة.

٤- وقياسٌ على تفاسخ البيع؛ حيث لا يكون إلاّ بتمام تحالفهما جميعاً.

٥- أنّه لَمّا أدخل الملاعِنُ الشّبهة في النّسب عوقب بمنعه من التّراجع كما عوقب القاتل عمداً أن لا يرث.

٦- ولأنّه لَمّا جُهِلَ الملعون منهما، وصحّ أنّ أحدهما قد لَحِقَته لعنةُ الله وغضبه فُرِّقَ بينهما؛ لئلاّ يجتمع رجلٌ ملعونٌ وامرأةٌ ملعونةٌ.

٧- أنّ هذه فرقةٌ تقتضي تحريماً مؤبّداً فلم تفتقر إلى حكم حاكمٍ؛ كالفرقة الواقعة بتحريم الرّضاع، والمصاهرة.

وأجيب عن مذهبهم بما يلي:

أنّه لا حجّة لهم في الحديث؛ لأنّ المتلاعن متفاعل من اللّعن، وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل، فبعد الفراغ منه لا يبقى فاعلاً حقيقةً فلا يبقى ملاعناً حقيقةً؛ فلا يصحّ التّمسّك به لإثبات الفرقة عقيب اللّعان، فلا تثبت الفرقة عقيبه، وإنّما الثّابت عقيبه وجوب التّفريق، فإن فرّق الزّوجُ بنفسه وإلاّ ينوب القاضي منابه في التّفريق، فإذا فرّق بعد تمام اللّعان وقعت الفرقة.

انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٨/٣-٣٩٠، والتّلقين ص ٣٤٠، والمعنونة ٩٠٨/٢، والتّمهيد ٢١٣/١١-٢١٥، و٢١٧، و٢٢٦-٢٣٢، والاستذكار ١٠١/٥، والمنتقى ٣١٥/٥، والمقدّمات ٦٣٨/١، والمغني ١٤/١١-١٥٠، والمقنع والشّرح

=

وقال الشّافعي: إذا أكمل الزّوجُ لعانَهُ وقعت الفرقة[١].

وقال أبو حنيفة: لا تقع إلاّ بِحكم حاكمٍ، وبه قال الثّوري وأحمد[٢].

=

الكبير والإنصاف ٢٣/٤٣٥-٤٤٤، ومنتهى الإرادات ٢/١٩٨، وشرح منتهى الإرادات ٥/٥٧٢، والمحلّى ٩/٣٣٦.

وهذا القول هو أرجح الأقوال في نظري، وذلك لصراحة أدلّته، وسلامتها، ولأنّ تفريق النّبيّ ﷺ إعلامٌ بالحكم وتنفيذٌ له، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

(١) قالوا: لأنّ التعان المرأة ليس له تأثيرٌ، إنّما هو لدرء الحدّ عنها لا غير، وليس لالتعانها في زوال الفراش معنًى، ولَمّا كان لعان الزّوج ينفي الولد ويسقط الحدّ، رفع الفراش.

انظر: التّمهيد ١١/٢١٤، و٢٢٧، والاستذكار ٥/١٠١، و١٠٣، ومختصر المزني ص ٢٨٧، والمهذّب ٣/١٥٦-١٥٧.

وأجيب عن مذهب الشّافعية بأنّه مخالفٌ لآية اللّعان؛ لأنّ الله تعالى خاطب الأزواج بقوله تعالى﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾[سورة النّور، الآية: ٦]، فلو ثبت الفرقة بلعان الزّوج فالزّوجة تلاعنه وهي غير زوجة، وهذا خلاف النّصّ. انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٨٩.

(٢) وقالوا: الحكم الأصلي للعانٍ هو وجوب التّفريق ما داما على حال اللّعان لا وقوع الفرقة باللّعان نفسه من غير تفريق الحاكم، وإذا فرّق بينهما القاضي؛ فإنّها تطليقة بائنةٌ عند أبي حنيفة ومحمّد بن الحسن.

أمّا ما لم يطلّقها، ولم يفرّق بينهما القاضي فهما على العصمة الزّوجية، حتّى يجوز طلاق الزّوج، وظهاره، وإيلاؤه، ويجري التّوارث بينهما قبل التّفريق.

والقول بأنّ الفرقة لا تحصل بمجرّد اللّعان إلاّ بتفريق الحاكم إحدى الرّواية عن الإمام أحمد، اقتصر عليها الخرقي في مختصره، واختاره غيره.

وقال أبو يوسف: هو تحريمٌ مؤبّدٌ لقوله ﷺ: «المتلاعنَان لا يَجتمعان أبداً»، نصٌّ على التّأبيد.

من أدلّتهم:

١- أنّ ثبوت الحرمة يفوِّت الإمساك بالمعروف؛ فيلزمه التّسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعاً للظّلم، دلّ عليه قول عُوَيمر العجلاني رضي الله عنه عند النّبيّ ﷺ: «كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فهي طالقٌ ثلاثاً»، قاله بعد اللّعان.

أخرجه البخاري في صحيحه ٩/٣٥٥، كتاب الطّلاق، باب اللّعان ومَنْ طلّق،

=

=

برقم: (٥١١٥)، ومسلم في صحيحه ٢/١١٣٠، كتاب اللّعان برقم: (١٤٩٢).

٢- أنّ رجلاً لاَعَن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى مِن ولدها، فَفَرَّق النَّبيّ ﷺ بينهما وأُلْحِق الولد بالمرأة.

من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أخرجه البخاري في صحيحه ٩/٣٧٠،كتاب الطّلاق، باب يَلحق الولدُ بالملاعنة، برقم: (٥١٢٢)، ومسلم في صحيحه ٢/١١٣٢، كتاب اللّعان، برقم: (١٤٩٤).

٣- حديث عبد الله بن عبّاس رضي الله عنهما أنّ النَّبيّ ﷺ لَمّا لاعَنَ بين عاصم بن عديّ وبين امرأته فَرَّق بينهما.

أخرجه البخاري في صحيحه ٩/٣٧١، كتاب الطّلاق، باب قول الإمام: اللّهمّ بَيِّنْ، برقم: (٥١٢٣)، ومسلم في صحيحه ٢/١١٣٤، كتاب اللّعان برقم: (١٤٩٧).

٤- وحديث العجلاني أنّ النَّبيّ ﷺ لاَعَنَ بينه وبين امرأته، فلمّا فرغا من اللّعان فَرَّق بينهما، ثم قال ﷺ: «الله يعلم أنّ أحدكما لكاذبٌ، فهل مِنْكُما تائبٌ»، قال ذلك ثلاثاً فأبيا ففرّق بينهما.

أخرجه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما البخاري في صحيحه ٩/٣٦٦، كتاب الطّلاق، باب صداق الملاعنة، برقم: (٥١١٨)، ومسلم في صحيحه ٢/١١٣٢، كتاب اللّعان، برقم: (١٤٩٣/٦).

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث؛ حيث أضيفت الفرقة إلى رسول الله ﷺ لا إلى اللّعان؛ فدلّ على أنّه الفاعل للفرقة.

ولأنّ حديث عويمر «فطلّقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ»، يقتضي إمكان إمساكها، وأنّه وقع طلاقه، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك، لما وقع طلاقه، ولا أمكنه إمساكها.

قال الكاساني في بدائع الصّنائع ٣/٣٨٩ بعد ذكر هذه الأحاديث: «فدلّت الأحاديث على أنّ الفرقة لا تقع بلعان الزّوج ولا بلعانها؛ إذ لو وقعت لَما احتمل التّفريق من رسول الله ﷺ بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللّعان.

٥- ولأنّ ذلك النّكاح كان ثابتاً قبل اللّعان، والأصل أنّ الملك متَى ثبت لإنسان لا يزول إلاّ بإزالته، أو بخروجه من أن يكون منتفعاً في حقّه لعجزه عن الانتفاع به،ولم توجد الإزالة من الزّوج؛ لأنّ اللّعان لا ينبئ عن زوال المِلْك؛لأنّه شهادة

=

وحجّة مالك على الشّافعي: حديث ابن عمر، قال: فَرَّقَ النَّبيّ ﷺ بين الْمُتَلاعِنَين، وقال: (حِسَابُكُما على الله، أحدُكُما كاذِبٌ، لا سبيل لك عليها)(١).

وما رُوِيَ أنّه لَمْ يُفَرِّقْ بينهما إلاّ بعد تَمام اللّعان(٢).

وحجّة الشّافعي: أنّ لعانها إنّما تُدْرَأُ به الحدّ عن نفسها فقط، ولِعان الرّجل هو الْمُؤَثِّر في نفي النّسب، فوجب إن كان للعان تأثيرٌ في الفرقة أن يكون لعان الرّجل تشبيهاً بالطّلاق(٣).

=

مؤكّدةٌ باليمين أو يَمينٌ،وكلّ واحد منهما لا ينبئ عن زوال الْملك، ولهذا لا يزول بسائر الشّهادات والأيمان والقدرة على الامتناع ثابتةٌ فلا تقع الفرقة بنفس اللّعان».

٦- ولأنّ كلّ فرقة تكون من الزّوج أو يكون فعل الزّوج سببها تكون طلاقاً كما في العنين والخلع والإيلاء، وهو قول السّلف: «إنّ كلّ فرقةٍ وقعت من قبل الزّوج فهي طلاق».

أجيب عنه بأنّ تفريقه ﷺ إنّما كان إعلاماً منه أنّ ذلك شأن اللّعان بأن يوجب الفرقة والتّباعد، ومثله قوله: «لا سبيل لك عليها».

٧- ولأنّه لَما افتقر إلى حضور الحاكم، افتقر إلى تفريقه كفرقة العنين.

انظر: مختصر القدوري ص١٦٧، وبدائع الصّنائع ٣٨٨/٣، والهداية ٢٤/٢، والتّمهيد ٢١٣/١١-٢١٤، و٢٢٦-٢٣٢، والاستذكار ١٠١/٥-١٠٤، مختصر الخرقي ١٤٤/١١، والمغني١٤٤/١١-١٥٠، والشّرح الكبير والإنصاف ٤٣٧/٢٣-٤٣٩، ومنتهى الإرادات ١٩٨/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٧٢/٥.

(١) متّفقٌ عليه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أخرجه البخاري في صحيحه ٣٦٧/٩،كتاب الطّلاق،باب قول الإمام للمتلاعنين:إنّ أحدكما كاذبٌ...،برقم: (٥١١٩)، ومسلم في صحيحه ١١٣٢/٢، كتاب اللّعان، برقم: (٥/١٤٩٣).

(٢) كما تقدّم في أحاديث القائلين بتعليق الفرقة على حكم حاكمٍ.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٨٧، والمهذّب ١٥٦/٣-١٥٧.

وحجّتهما جميعاً على أبي حنيفة: أنّ النّبيّ ﷺ أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللّعان منهما[1]؛ فدلّ ذلك على أنَّ اللّعان هو سبب الفرقة.

وأمّا أبو حنيفة فيرى أنّ الفراق إنّما نُفِّذَ بينهما بحكمه، وأمره ﷺ بذلك حين قال: (لا سبيل لك عليها)[2]، فرأى أنّ حكمه شرطٌ في وقوع الفرقة كما أنّ حكمه شرطٌ في صحّة اللّعان.

فسبب الخلاف بين مَنْ رأى أنّه تقع به فرقةٌ، وبين مَنْ لَمْ يَرَ ذلك: أنّ تفريق النّبيّ ﷺ بينهما ليس هو بَيِّناً في الحديث المشهور؛لأنّه بَادَرَ بنفسه فطلّق قبل أن يُخبره بوجوب الفرقة، **والأصل أَنْ لا فرقة إلاّ بطلاق**، وأنّه ليس في الشّرع تَحريمٌ يتأبّد؛ أعني: مُتَّفقاً عليه، فَمَنْ غلَّب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفي وجوب الفرقة[3]؛ قال بإيجابها»[4].

توثيقه:

ورد مفاد هذا الضّابط في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «الأصل أنّ الْملك متَى ثبت لإنسانٍ لا يزول إلاّ بإزالته أو بِخروجه من أن يكون منتفعاً به في حقّه لعجزه عن الانتفاع به»[5].

---

(١) كما تقدّم في أحاديث القائلين بتعليق الفرقة على حكم حاكمٍ.

(٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدّم تخريجه.

(٣) كأنّ في الكلام هنا سقطاً؛ ذلك أنّ سياق كلامه يقتضي أن يكون موجب قول مَنْ تَمَسّكَ بالأصل عدم الإيجاب؛ أعني: عدم وقوع الفرقة باللّعان إلاّ بطلاق زوجٍ؛ لأنّه هو الأصل، ومَنْ قال بِمفهوم الحديث هو الذي يتّفق مع الإيجاب. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

(٤) بداية المجتهد ٣/٢٢٧-٢٢٨.

(٥) بدائع الصّنائع للكاساني ٣/٣٨٩.

وفيه: ((كلّ فرقةٍ تكون من الزّوج ويكون الزّوج سببها تكون طلاقاً، كما في العنين والخلع والإيلاء ونحو ذلك، وهو قول السَّلَف: إنّ كلّ فرقةٍ وقعت من قِبَلِ الزّوج فهي طلاقٌ))[١].

شرح مفردات الضّابط:

فرقة: من فَرَّق بين الشّيء فرقاً، إذا فصّل أبعاضه، والفِرْقَةُ للجماعة المتفرّدة من النّاس، والجمع: فِرَق[٢].

والمراد بها في الضّابط: إنهاء العلاقة الزّوجية، بقطع عصمتها.

الْمعنَى الإجمالي للضّابط:

لا شكّ أنّ الأصل الأصيل في تشريع العائلة هو إحكام آصرة النّكاح، ثم آصرة الصّهر، وقد حفظ الشّرع هذه الأواصر من الانهدام بعد البناء بعدّة وسائل منها أَنْ ضيَّق منافذها، فإذا انعقد عقد النّكاح، ونشأت العصمة الزّوجية لم يكن لأحدٍ أن يقطعها إلاّ الزّوج أو الزّوجة بموافقة الزّوج، وذلك في حالات الاعتدال، أعني: من غير التّدخّل الخارجي، وذلك بالطّلاق أو الخلع، وهذا هو الذي قرّره هذا الضّابط، وأكّد على مدى محافظة الشّرع على تلكم الأواصر، حتّى إنّ الشّريعة لم تنقض ما انعقد من عقود هذا النّكاح على غير نظامها، كالعقود التي تمّمت حال الجاهلية؛ فعقدة النّكاح لا تنحل إلاّ بالطّلاق، ولا يَملكه إلاّ الزّوج والزّوجة[٣]، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٣/٣٩٠.

(٢) انظر: المفردات ص ٣٧٩، والمصباح المنير ص ١٧٩.

(٣) انظر: مقاصد ابن عاشور ص ٤٣٠، و٤٣٤.

﴿وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ﴾[(١)]؛ حيث أضاف الطّلاق إليهم، فدلّ على عدم الاعتداد بالفرقة من غيره.

إلاّ أنّ عموم هذا الضّابط غير مرادٍ قطعاً؛ لثبوت فِرَقٍ مختلفة بين الزّوجين من غير الطّلاق، وهو الذي يفهم من الضّابط نفسه؛ إذ كونه الأصل لا يمنع حصوله بغيره.

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

بما تقدّم بيانه عند المعنَى الإجمالي للضّابط، يظهر أنّ معنَى الضّابط محلّ الإجماع بين المسلمين في الجملة، وبه وردت الأدلة، و لم يختلف في ذلك أحدٌ، كما أنّ تخصيص عمومه ممّا ينبغي أن لا يختلف فيه، لثبوت فرق بين الزّوجين من غير الطّلاق، إلاّ أنّ الفقهاء اختلفوا فيما يعدّ فرقة ممّا لا يعدّ[(٢)].

من أدلّة الضّابط:

يستدلّ لصحّة الضّابط الاتّفاق المذكور بين المسلمين أنّ الأصل أن تكون فرقةٌ بين الزّوجين صادرةً منهما بالطّلاق أو الخلع، ويستثنَى من هذا الأصل ما دلّ الدّليل عليه.

من تطبيقات الضّابط:

١-الأصل أنّ عصمة النّكاح المنعقدة بين الزّوجين باقيةٌ ثابتةٌ، لا ترفع ولا تَنحلّ إلاّ بِما شرعه الشّارع لرفعها وهو الطّلاق أو الخلع[(٣)].

---

(١) سورة الطّلاق، الآية: ١.
(٢) انظر: المنثور ١٥٦/٢، والمحلّى ٣٥٨/٩، و٥١١.
(٣) انظر: المنثور ١٥٦/٢، والمحلّى ٣٥٨/٩، و٥١١.

من مستثنيات الضّابط:

خرج من عموم هذا الأصل صُوَرٌ تقع بها فِرَقُ النّكاح بعد صحّتها،وأجناسها ثلاثة:

موتٌ أو حكمٌ به، وطلاقٌ، وفسخٌ(١).

١-انتهاء العصمة الزّوجية بالموت، فهو قطع لعصمة النّكاح بلا خلاف(٢).

٢-فسخ نكاح المفقود إذا حكم القاضي بموته(٣).

٣-فسخ النّكاح لوجود الرّضاع، لقوله ﷺ : «كيف بها وقد زَعَمَتْ أنّها قد أرضعتكما، دعها عنك»(٤).

٤-أنْ يطأها أبوه أو جدّه بجهالة، أو بقصد إلى الزّنى(٥).

٥-اللّعان فسخٌ للنّكاح بمجرّد التّعان الزّوجين(٦).

٦-الأمة إذا عتقت فلها الخيار في فسخ نكاحها من زوجها أو إبقائه(٧)، قال في فتح الباري: «أجمع العلماء أنّ الأمة إذا عتقت تحت عبدٍ فإنّ لها

---

(١) انظر: التّمهيد ٢١٤/١١، و٢٢٧.

(٢) انظر: المنثور ١٥٥/٢، والمحلّى ٣١٦/٩، و٣٣٠.

(٣) انظر: المحلّى ٣١٦/٩.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ١٠٤/٥-١٠٨، والمنثور ١٥٧/٢، والمحلّى ٣٢٩/٩.
والحديث أخرجه البخاري في صحيحه ٥٦/٩، كتاب النّكاح، باب شهادة المرضعة، برقم: (٤٩١٦).

(٥) انظر: تفسير القرطبي ١٠٩/٥-١١١، والمنثور ١٥٦/٢، والمحلّى ٣٢٩/٩.

(٦) انظر: التّمهيد ٢١٢/١١، و٢٣٢، والمقدّمات ٦٣٧/١، ومختصر المزني ص ٢٨٧، والمهذّب ١٥٧/٣، والمنثور ١٥٧/٢، والمغني ١٤٤/١١، و١٤٦، و١٤٧، والشّرح الكبير ٤٣٧/٢٣، و٤٤١، والمحلّى ٣٢٩/٩، و٣٣٦.

(٧) انظر: المنثور ١٥٥/٢-١٥٦، والمحلّى ٣٢٩/٩-٣٣٠.

الخيار، والمعنَى فيه ظاهرٌ؛ لأنّ العبد غير مكافئ للحرّة في أكثر الأحكام، فإذا عتقت ثبت لها الخيار من البقاء في عصمته، أو المفارقة؛ لأنّها في وقت العقد عليها لم تكن من أهل الاختيار»[١]،وذلك لحديث بريرة؛ حيث اختارت نفسها لَمّا أعتقتها عائشة رضي الله عنها[٢].

٧-اختلاف الدِّينين يوجب فسخ النّكاح، إلاّ في جهة واحدة، وهي أَنْ يسلم الزّوج وهي كتابية؛ فإنّهما يبقيان على نكاحهما؛ لأنّ العقد عليها جائزٌ ابتداءً فيجوز استدامته[٣]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِىٓ أَخْدَانٍ﴾[٤].

أمّا بقية الأوجه فإنّ النّكاح ينفسخ فيها وهي:

الوجه الأوّل: أن يسلم هو وهي كافرةٌ غير كتابية.

الوجه الثّاني: أن تسلم هي وهو كافرٌ؛ كتابيٌّ أو غير كتابي، فلو أسلما معاً فهما على نكاحهما، وإلاّ فلا يحلّ لها ولا هي تحلّ له، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾[٥].

الوجه الثّالث: أن يرتدّ هو دونها.

الوجه الرّابع: أن ترتدّ هي دونه.

الوجه الخامس: أن يرتدّا جميعاً، ففي كلّ هذه الوجوه ينفسخ نكاحهما،

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٣١٨/٩.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٣١٧/٩، كتاب الطّلاق، باب خيار الأمَة تحت العبد، برقم: (٥٠٨٧-٥٠٨٩).

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٧٧/٦، والمنثور ١٥٦/٢، والمغني ٦/١٠-١٣، والمحلّى ٣٢٩/٩.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٥.

(٥) سورة الممتحنة، الآية ١٠.

إلاّ أنّ التّحريم هنا ليس تحريماً مؤبّداً، فلو أسلم إثر إسلامها، أو أسلمت إثر إسلامه، أو راجع الإسلام، أو راجعت الإسلام، أو راجعاه معاً، فإنّ لهما ابتداء النّكاح برضاهما وبوليٍّ وصداقٍ وإشهادٍ، ولا يجب أن يراعَى في ذلك شيءٌ من عدّة[1].

٨- إسلام أحدٍ المشركين على أكثر من أربعٍ ينفسخ في الزّوائد، لقوله ﷺ للذي أسلم وعنده ثَمان نسوة: «اختر منهنّ أربعاً وطَلِّقْ سائرهنّ»[2].

٩- أنْ يَملكها أو بعضها، فينفسخ النّكاح[3].

١٠- أنْ تَملكه أو بعضه، فينفسخ النّكاح[4].

١١- فرقة العيب كالعنين، والإعسار[5].

والفرقة تنقسم إلى فرقةٍ قهرية واختيارية، وأمّا القهرية فهي التي تثبت بِمجرّد فعل الأسباب؛ كفرقةِ اللّعان، والرّضاع، والرّدّة، واختلاف

---

(١) انظر: المنثور٢/١٥٥-١٥٧، وزاد المستقنع ص١١٣، والمحلّى٩/٣٢٩-٣٣٠.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه٢/٦٧٧-٦٧٨،كتاب الطّلاق،باب في مَنْ أسلم وعنده نساء أكثر من أربع، برقم:(٢٢٤١)،والتّرمذي في سننه٣/٤٣٥، كتاب النّكاح، باب ما جاء في الرّجل يُسْلِمُ وعنده عشرة نسوة، برقم: (١١٢٨)، وابن ماجه في سننه ٦٢٨/١، كتاب النّكاح، باب الرّجل يُسْلِم وعنده أكثر من أربع نسوة، برقم: (١٩٥٢)، وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (١٩٦٠)، وصحيح ابن ماجه برقم: (١٥٨٨)، والجامع الصّغير برقم: (٢٢٢)، وإرواء الغليل ٢٩٤/٦-٢٩٥.

وصحّحه الشّيخ شاكر. انظر: تعليق محقّق سنن أبي داود ٦٧٨/٢.

(٣) انظر: المنثور ١٥٧/٢، والمحلّى ٣٣٠/٩.

(٤) انظر: المنثور ١٥٧/٢، والمحلّى ٣٣٠/٩.

(٥) انظر: التّمهيد١١/٢١٤، و٢٢٧،والمنثور٢/١٥٦-١٥٨،والمغني١١/١٤٥، وزاد المستقنع ص١١٢.

الدِّين، وإسلام المشرك على أكثر من أربع، ووطء الأصول حلائل الفروع أو العكس، وملك أحد الزّوجين صاحبه، فهي فرقٌ قهريةٌ لا تتوقّف على حكم حاكمٍ.

والفرقة الاختيارية وهي التي تكون من العيوب الموجبة للتّفريق، أو من الغرر، أو عدم الكفاءة ابتداءً ودواماً، ومرّة قد يكون الاختيار فيها إلى الزّوجة دون الزّوج؛ وهو فرقة الحرية والغرر والعيب.

وتارةً تكون إلى الزّوج، وهو الطّلاق بلا سبب، والغرر والعيب أيضاً.

وتارةً تكون للحاكم فيه مدخلٌ وهو فرقة العنين والحكمين والإيلاء والعجز عن المهر والنّفقة، ونكاح الوليين.

وكلّ فرقةٍ يجب على الزّوج مباشرتها يقوم الحاكم مقامه فيها إذا امتنع إلاّ اختيار الزّوجات[(١)].

كما تنقسم الفِرَقُ باعتبار التّأبيد والتّوقيت إلى فرقةٍ مؤبّدةٍ وهي ما لا تتلاقى بوجهٍ من الوجوه، ولا يَجتمعان بعدها أبد الدّهر، مثل: فرقة اللّعان عند الجمهور ما عدى الحنفية، والرّضاع، ووطء الأصول حلائل الفروع أو العكس.

ومنها مؤقّة ولا تتلاقى إلاّ بعد زوجٍ آخر وهو في الطّلاقة الثّالثة.

ومنها ما تتلاقى في العدّة، كالرّدّة وإسلام أحد الزّوجين[(٢)].

---

(١) انظر: المنثور ٢/١٥٦-١٥٨.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٥/١٠٩-١١١، والمنثور ٢/١٥٨.

المبحث الرّابع: الضّابط الموفّي الثّلاثين [٣٠]

[مَا جَعَلَ الشّرعُ بيد الرَّجُلِ ليس يجوز أن يَرْجِعَ إلى يد المرأة بِجَعْلِ جاعل]

ذكره ابن رشد في مسألة اختلاف العلماء في كون التّخيير[١] والتّمليك[٢] نوعاً من أنواع الطّلاق؛ وبعد أن ذكر تفاصيل المذاهب القائلة بأنّهما من أنواع الطّلاق[٣] قال مُدَلِّلاً لأحد الأقوال: «وقد قيل:

---

(١) التّخيير هو: تفويض أمر طلاق المرأة إليها، أي: جَعْلُ الزَّوجِ إنشاء الطّلاق ثلاثاً- حُكْماً أو نَصّاً- حَقّاً لغيره، ومن صِيَغه: قول الزّوج لامرأته: اختاري نَفْسَكِ، أو اختاري أمْرَكِ.

انظر: المعونة ٢/٨٧٩-٨٨١، وبداية المجتهد ٣/١٣٩، وتفسير القرطبي ١٤/١٥٣، وحدود ابن عرفة ١/٢٨٥-٢٨٦، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/٧١، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٠٥.

(٢) التّمليك هو: جَعْلُ الزّوج إنشاءَ الطّلاق لزوجته أو لغيرها دون تَخيير، ومن صِيَغه: أن يقول الزّوجُ: قدْ مَلَّكْتُكِ أَمْرَكِ أو طَلاَقَكِ، أو أَمْرَكِ بيَدكِ، أو ما أَشبهها.

انظر: المعونة ٢/٨٧٨، وبداية المجتهد ٣/١٣٩، و١٤١، وتفسير القرطبي ١٤/١٥٣، وحدود ابن عرفة ١/٢٨٥-٢٨٦، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/٧١.

(٣) للفقهاء في كون التّخيير والتّمليك نوعاً من أنواع الطّلاق مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّهما يُعدَّان من أنواع الطّلاق إذا اختارت نفسها، أو قالت: طَلَّقْتُ نفسي. وبه قال جمهور أهل العلم، منهم: الأئمة الأربعة في الجملة.

انظر: أحكام الجصاص ٥/٢٢٦-٢٢٨، ومختصر القدوري ص ١٥٧، وبدائع الصّنائع٣/١٨٠، والهداية ١/٢٤٣، ورسالة ابن أبي زيد ص ٢٠٤، والمعونة ٢/٨٧٨، وبداية المجتهد ٣/١٣٩-١٤١، وعقد الجواهر ٢/٥١٤-٥١٨، والفروق =

ليس التّمليك بشيء؛ **لأنّ ما جَعَلَ الشّرعُ بِيَدِ الرّجلِ ليس يَجوزُ أَنْ يَرجِعَ إلى يَدِ الْمَرأَةِ بِجَعْلِ جاعلٍ، وكذلك التّخيير»**[1].

توثيقها:

هذا الضّابط ورد ذكره أو مفاده في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في أحكام القرآن: «التّخيير في نفسه ليس بطلاق؛ لا صريح ولا كناية، ولذلك قال أصحابنا -الحنفية- إنّه لا يكون ثلاثاً وإن أرادَهُنَّ»[2].

ما جاء في الاستذكار: «و-القول-الرّابع: أنّه لا يكون بيد المرأة طلاقُ الرَّجُلِ، وليس قولُهَا لزوجها: قد طلَّقْتُ نفسي مِنْكَ بشيءٍ، كما لو قالت له: أنتَ مِنِّي طالقٌ لم يكن شيئاً»[3].

وفيه: «... كيف كان أبوك يقولُ في رجلٍ مَلَّكَ امرأته أمرها؛ أتَمْلِكُ أن تُطَلِّقَ نفسها؟ فقال: كان يقول: ليس إلى النِّساء طلاقٌ»[4].

=

٣/١٧٥-١٧٧، وشرحي ابن ناجي وزروق٢/٧١، والفواكه الدّواني ٢/٤٧، ومختصر المزني ص ٢٦٥، والمهذّب ٣/٧٦، ٨٨، وشرح مسلم ١٠/٣١٩-٣٢٣، ومختصر الخرقي مع المغني ١٠/٣٧٨، و٣٨١-٣٨٢-٤٠٠، ومنتهى الإرادات ٢/١٤٣، وشرح منتهى الإرادات ٥/٣٩٥-٤٠٠، ومعالم السّنن ٢/٦٥٣، وعارضة الأحوذي ٥/١٣٨، وشرح مسلم ١٠/٣١٩-٣٢٣، وفتح الباري ٨/٣٩١-٣٩٣، و٩/٢٨٠-٢٨٤.

المذهب الثّاني: أنّهما لا يُعَدّان من أنواع الطّلاق، بل ليسا بشيءٍ، سواء اختارت نفسها أم لا. وهو مذهب الظّاهرية. انظر: المحلّى ٩/٢٩١-٣٠٢.

(١) بداية المجتهد ٣/١٤٠.

(٢) أحكام الجصاص ٥/٢٢٨.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البر ٥/٢٨.

(٤) الاستذكار ٥/٢٩.

ما جاء في أحكام القرآن: «المسألة الثّامنة: قال مالك: ليس على النِّساء تظاهر، إنّما قال الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم﴾ [(١)]، ولم يقل: (واللاتي يُظَاهِرْنَ منْكُنَّ من أزواجهنّ)، إنّما الظّهار على الرّجال...، وهو صحيحٌ معنًى؛ لأنّ الْحِلَّ والعَقْدَ، والتّحليل والتّحريم في النّكاح بيد الرّجال،ليس بيد المرأة منه شيءٌ،وهذا إجماعٌ»[(٢)].

ما جاء في المغني: «الطّلاق لا يصحّ تَمْليكُهُ، ولا يَنْتَقِلُ عن الزّوج، وإنّما يَنوبُ فيه غيرُهُ عنه»[(٣)].

ما جاء في الشّرح الكبير: «ولأنّ العقد إنّما يبطل بنيّة الزّوج؛ لأنّه الذي إليه المفارقة والإمساك، أمّا المرأة فلا تَملك رفع العقد؛ فوجود نيّتها وعدمها سواء»[(٤)].

ما جاء في المحلّى: «مسألة: ومَنْ خيَّر امرأته فاختارت نفسها،أو اختارت الطّلاق، أو اختارت زوجها، أو لم تَخْتَر شيئاً؛ فكلّ ذلك لا شيءَ، وكلّ ذلك سواء، ولا تَطْلُق بذلك، ولا تَحرُم عليه،ولا لشيءٍ من ذلك حكمٌ، ولو كرّر التّخيير وكررت هي اختيار نفسها،أو اختيار الطّلاق ألف مرّة،وكذلك إن ملّكها أمر نفسها،أو جعل أمرها بيدها ولا فرق»[(٥)].

شرح مفردات الضّابط:

ما جعل الشّرع بيد الرّجل: أي: ما ثبت بنصٍّ شرعيٍّ أنّه بيد الرّجل،

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٢) أحكام ابن العربي ١٨٩/٤.

(٣) المغني لموفّق الدّين ابن قدّامة ٣٨٢/١٠.

(٤) الشّرح الكبير لشمس الدّين ابن قدامة ٤١١/٢٠.

(٥) المحلّى لابن حزم ٢٩١/٩.

والمراد به هنا هو الطّلاق؛ فإنّه ثبت أنّ الطّلاق يكون للرّجل لا للمرأة؛ بقوله ﷺ: ((إنّما الطّلاق لِمَن أَخَذَ بالسَّاقِ))[١]؛ أي: الطّلاق حقُّ الزّوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة.

الْمعنى الإجمالي للضّابط:

هذا ضابطٌ يُبيِّن أنّ الشّرع إنّما جعل اختصاص الطّلاق للرّجال، كما أنّ العدّة للمرأة، فما جعله الشّرع بيد الرّجل لا يجوز أن يَجْعَلَهُ جاعلٌ بيد المرأة؛ فإنّ الطّلاقَ لا يَصِحُّ تَمْليكُهُ، ولا يَنْتَقِلُ عن الزّوج؛ فلا يجوز إنشاء المرأة الطّلاقَ؛ ودليلُ جَعْلِ الشّرع الطّلاقَ بيد الرّجل؛ أنّ الله - سبحانه وتعالى- أضاف الطّلاق إلى الرّجال في عدّة آيات منها: قوله﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾[٢]،﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ**﴾[٣]، وقوله﴿**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ**﴾[٤]، وقوله: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ**﴾[٥]، كما أضاف العدّة إلى النّساء في عدّة آياتٍ منها: قول الله تعالى: ﴿**فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ**﴾[٦]،

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه١/٦٧٢،كتاب الطّلاق،باب طلاق العبد،برقم(٢٠٨١).
حسّنه الألباني في: صحيح ابن ماجه برقم: (١٦٩٢)، وإرواء الغليل برقم: (٢٠٤١)، والجامع الصّغير برقم: (١٣٨٤٦).

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣١.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٣٦.

(٥) سورة الطّلاق، الآية: ١.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٣١، و٢٣٢.

قوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾[١]؛ فدلّ على أنّ الرّجل مُختصٌّ بالطّلاق كما أنّ المرأة مختصّة بالعدّة[٢].

من أدلّة الضّابط:

يدلّ على صحّة الضّابط أدلّة من الكتاب والسّنة والمعقول منها:

٩- عموم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾[٣]؛ حيث أضاف الطّلاق إلى الرّجال؛ فدلّ على اختصاصهم به دون غيرهم[٤].

١٠- قوله ﷺ: «إنّما الطّلاق لمَن أَخَذَ بالسَّاق»[٥]؛ حيث دلّ الحديث بمنطوقه على أنّ الطّلاق خاصٌّ لمَنْ أخذ بالسّاق، وهو الرّجل[٦].

١١- أنّ العلّة في جعل الطّلاق بأيدي الرّجال دون النّساء هي لنقصان عقلهنّ بالنّسبة للرّجال، وغلبة الشّهوة عليهنّ وسوء المعاشرة، وهي لا تزال قائمةً فلا يَجوز تَمْليكها ما سلبه الشّرع منها[٧].

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

الضّابط مُختَلَفٌ فيه؛ ذلك أنّ جمهور أهل العلم -كما سبق- ذهبوا إلى اعتبار التّفويض في الطّلاق، بأنواعه الثّلاثة: تَوْكيلٌ وتَخْيِيرٌ وتَمْليكٌ، وعَدُّوها طلاقاً في الجملة، وإن اختلفوا فيما بينهم في نوعيته[٨].

---

(١) سورة الطّلاق، الآية: ١.
(٢) انظر: الاستذكار ٥/١٨٣.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣١، و٢٣٢، وسورة الطّلاق، الآية: ١.
(٤) انظر: الاستذكار ٥/٣٢، و١٨٣، والفواكه الدّواني ٢/٤٧.
(٥) تقدّم تخريجه قريباً.
(٦) انظر: الفواكه ٢/٤٧.
(٧) انظر: بداية المجتهد ٣/١٤١.
(٨) انظر: المراجع السّابقة عن توثيق مذاهبهم.

وذهب الظّاهرية إلى إعمال الضّابط، بل ذُكِرَ دليلاً لهم على أنّ التّخيير والتّمليك ليسا بشيءٍ[١].

الأدلّة:

استدلّ الجمهور القائلون باعتبار التّخيير والتّمليك نوعاً من الطّلاق بما يلي:

١- تَخيير النّبيِّ ﷺ أزواجه عندما نزل قوله -تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[٢]؛ قالت عائشة أمّ المؤمنين رضي الله عنها: لَمَّا أُمِرَ رسول الله ﷺ بتَخيير أزواجه بدأ بيَ فقال: «إنِّي ذاكرٌ لكِ أمراً فلا عليكِ أن لا تعجلي حتّى تستأمري أبويك»...، فقلت: ففي أيِّ هذا أستأمر أبويَّ؟ فإنِّي أريد الله ورسولَه والدّار الآخرة، قالت: ثم فعل أزواجُ رسول الله ﷺ مثل ما فعلتُ[٣].

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على مشروعية التّخيير، وأنّ التّخيير طلاقٌ؛ لأنّ الاستئمار لا يقع في اختيار الدّنيا والآخرة، فثبت أنّه إنّما أريد به الفرقة أو الطّلاق أو بقاء النّكاح، ويدخل فيه التّمليك؛ لأنّه بِمعناه[٤].

---

(١) انظر: المحلّى ٩/٢٩١-٣٠٢.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٢٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٨/٣٩٠، كتاب تفسير القرآن، باب قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلدَّارَ ٱلْآخِرَةَ﴾، الآية ٢٨ من سورة الأحزاب، برقم: (٤٦٠١)، وفي كتاب الطّلاق، باب مَنْ خَيَّر أزواجَهُ، برقم: (٥٠٧٠-٥٠٧١)، ومسلم في صحيحه ٢/١١٠٣، كتاب الطّلاق، باب بيان أنّ تَخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلاّ بالنّيّة، برقم: (١٤٧٥).

(٤) انظر: أحكام الجصاص ٥/٢٢٦، تفسير القرطبي ١٤/١٥٣، والفروق ٣/١٧٦.

وقد أجيب عن وجه استدلالهم بالآية من وجهَين[(١)]:

أحدهما: أنّه ﷺ كان هو الْمُطَلِّق لا النِّساء؛ لقوله -تعالى-: ﴿وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾، فدلّ على أنّه لو اخترن الدّنيا لطلّقهنّ ﷺ لا أنّهنّ طوالق باختيارهنّ الدّنيا نفسه.

ثانيهما: أنّ التّخيير إنّما كان بين الحياة الدُّنيا والآخرة، وليس في البقاء على الزّوجية أو الطّلاق.

أجيب عن هذا الاعتراض بأنّ بينهما تلازماً؛ فإنّهنّ إن اخترن الدّنيا على الآخرة؛ فإنّه يعني: اختيار الطّلاق والفرقة، ولَمّا اخترن الله ورسوله والدّار الآخرة لم يكن شيءٌ، كما نصّت عائشة رضي الله عنها على ذلك[(٢)].

قال في معالم السّنن في معنَى الحديث: «فيه دلالةٌ على أنّهنَّ لو كُنَّ اخترن أَنْفسَهُنَّ كان ذلك طلاقاً»[(٣)]، ووافقه صاحب المفهم فقال: «في الحديث أنّ المخيَّرة إذا اختارت نفسها أنّ نفس ذلك الاختيار يكون طلاقاً من غير احتياج إلى نطق بلفظ يدلّ على الطّلاق، قال: وهو مقتبس من مفهوم قول عائشة المذكور»[(٤)].

لكن قد يجاب عنه بأنّه خلاف منطوق الآية القاضي بترتيب المشروط على شرطه؛ فإنّ قول الله -سبحانه تعالى-: ﴿إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾ شرطٌ، جوابه: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾، فدلّ

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٥/٢٢٦-٢٢٧، وتفسير القرطبي ١٤/١٥٢، والفروق ٣/١٧٦، والمحلّى ٩/٣٠٠.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٥/٢٢٦، و٢٢٨، وتفسير القرطبي ١٤/١٥٢، والفروق ٣/١٧٦، وفتح الباري ٨/٣٩٢.

(٣) معالم السّنن للخطّابي ٢/٦٥٣.

(٤) المفهم للقرطبي نقلاً عن فتح الباري ٩/٢٨٢.

على أنّه: إن اخترن أنفسهنّ؛ فجواب ذلك: أن يناديهنّ النّبيّ ﷺ ؛ فيطلّقهنّ لا أنّ الطّلاق يقع بمجرّد اختيارهنّ أنفسهم. والله -تعالى- أعلم.

قال في فتح الباري مُعقّباً على قول صاحب المفهم: ((قلت: لكن ظاهر الآية أنّ ذلك بمُجرّده لا يكون طلاقاً، بل لا بدّ من إنشاء الزّوج الطّلاق؛ لأنّ فيها: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾، أي: بعد الاختيار، ودلالة المنطوق مقدَّمةٌ على دلالة المفهوم))[1].

قال في المحلّى: ((فإنّما نصّ الله -تعالى- أنّه عليه السلام إنْ أردن الدُّنيا، و لم يردن الآخرة: طَلَّقَهُنَّ حينئذ من قِبلِ نفسه مختاراً للطّلاق، لا أنّهُنَّ طوالق بنفس اختيارهنَّ الدّنيا، ومَن ادَّعى غير هذا فقد حرَّف كلام الله عزّ وجلّ، وأقحم في حكم الآية كذباً محضاً ليس فيها منه نصٌّ ولا دليلٌ))[2].

٢-أنّ النّبيّ ﷺ خيَّر نساءَه فاختَرْنَهُ؛ فمَتى جعل أمر امرأته بيدها فهو بيدها أبداً[3].

٣-أنّه قول عدد من الصّحابة[4].

واستدلّ الظّاهريةُ على منع كون التّخيير والتّمليك طلاقاً بما يلي:

١-قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[5].

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٢٨٢/٩.

(٢) المحلّى لابن حزم ٣٠٠/٩.

(٣) انظر: المغني ٣٨١/١٠.

(٤) هو الصّحيح عن عمر بن الخطاب، وأمّ سلمة وعائشة أُمّي المؤمنين،وعبدالرّحمن بن أبي بكر الصِّدّيق وابن مسعود،وزيد بن ثابت،وهو قول مجاهد وعمر بن عبدالعزيز. انظر الآثار عن الصّحابة رضوان الله عليهم أجمعين في: المحلّى ٢٩١/٩-٣٠٢.

(٥) سورة الأحزاب، الآية: ٢٨.

وجه الاستدلال منه؛ أنّ الله -تعالى- أمر نَبيَّه ﷺ أَنْ يُخبرَ نساءه ويسألَهُنَّ ماذا يردْنَ؛ هل الحياة الدّنيا وزينتها؟؛ لأنَّ الله تعالى اشترط لَهُنَّ بـ (إنْ) الشّرطية بقوله: ﴿إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾، هذا شرطٌ؛ فإذا كُنَّ يردْنها؛ فحينئذ يأتي جوابه وهو قوله: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾، ويَعْني: أنّ الطّلاق لم يقع بِمُجَرَّد اختيارهِنَّ الدّنيا، بل هو الذي سيطلّقهنّ؛ لأنّ جواب يأتي حسب الشّرط المشروط، وجواب هنا هو التّطليق لا وقوع الطّلاق؛ وإلاّ لَما كان لقوله: ﴿وَأُسَرِّحْكُنَّ﴾ معنًى[1].

٢-أنّ النّبيّ ﷺ إنّما خيَّر نساءَه بين الدّنيا والآخرة وليس بين الطّلاق والبقاء على الزّوجية[2]؛ قال في فتح الباري: ظهر لي أنّ محلّ القولين -قولٌ بأنّ التّخيير بين الدّنيا والآخرة، وقولٌ بأنّه بين الطّلاق والنّكاح- هل فوَّض إليهنّ الطّلاق أم لا؟، ولذلك قيل: لم يُخيِّر رسول الله ﷺ نساءَهُ إلاّ بين الدّنيا والآخرة[3].

وقد تقدّم الجواب عن هذا الاعتراض، وأنّ التّخيير بين الدّنيا والآخرة يوجب التّخيير بين الطّلاق والفرقة وبين بقاء النّكاح.

٣-أثر عمر بن الخطّاب رضي الله عنه أنّ رجلاً قال لامرأة إنْ أدخلت هذا العدل[4] البيت فأمرُ صاحبتِك بيدكِ، فأدخلته، ثم قالت: هي

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٥/٢٢٦، وتفسير القرطبي ١٤/١٥١-١٥٣، وفتح الباري ٩/٢٨١-٢٨٣، والمحلّى ٩/٢٩١-٣٠٢.

(٢) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٣) انظر: فتح الباري ٨/٣٩٢.

(٤) العِدْل، بِمعنَى: المِثْل والقَدْر. انظر: المفردات ص ٣٢٩-٣٣٠، والنّهاية =

طالقٌ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأباها منه، فمرّوا بعبد الله بن مسعود فأخبروه؛ فذهب بهم إلى عمر فقال: يا أمير المـــؤمنين! إنّ الله تعالى جعل الرّجال قوّامين على النّساء، ولم يجعل النّساء قوّامات على الرّجال، فقال عمر: فما ترى؟ قال: أراها امرأته، قال عمر: وأنا أراها كذلك؛ فجعلها واحدة»[(١)].

قال في المحلّى: «قد يمكن أن يكون عمر أمضى حكمه وإلاّ فقد رجـــع إلى قول ابن مسعود في أن لا يُنَفَّذَ طَلاقٌ مِنْ جعل الزّوج أمر امرأته بيده»[(٢)].

٤-أثر عثمان بن عفّان رضي الله عنه أنّه قال: «أخطأت؛ لا طلاق لها، ألا إنّ المرأة لا تُطَلِّق»[(٣)].

قال في أحكام القرآن: «التّخيير في نفسه ليس بطلاق؛ لا صريح ولا كناية، ولذلك قال أصحابنا -الحنفية- إنّه لا يكون ثلاثاً وإن أرادَهُنَّ»[(٤)].

قال في المحلّى: «قد تقصّينا كلّ هذه الآثار، ورأينا عظيم كذب مَنِ ادَّعَى الإجماع في شيءٍ مِنْ ذلك، ووقفنا على أنّه ليس في التّخيير شيءٌ إلاّ عن عمر وعليّ وزيد أقوالٌ خالف فيها كلُّ واحدٍ منهم صاحبه، وأثرٌ لا يصحّ عن ابن مسعود، وآثارٌ ساقطةٌ عن ابن عبّاس والثّابت عنه كقولنا: أنّه لا معنَى للتّخيير أصلاً، وأنّه ليس في التّمليك إلاّ أقوالٌ مختلفةٌ عن زيد،

=

٣/١٩٠-١٩١، ومختار الصّحاح ص ٤١٧، والمصباح المنير ص ١٥٠.

(١) أورده ابن حزم بسنده في المحلّى ٩/٢٩٤-٢٩٥.

(٢) المحلّى لابن حزم ٩/٢٩٥.

(٣) أورده ابن حزم بسنده في المحلّى ٩/٢٩٦.

(٤) أحكام الجصاص ٥/٢٢٨.

وابن عمر فقط، لا ثالث لهما من الصّحابة رضي الله عنهم إلاّ قولاً ذُكِرَ عن فضالة بن عبيد فيه: أنّ القضاء ما قَضَتْ...

لا حجّة في أحد دون رسول الله ﷺ، وإذا لم يأت في القرآن ولا عن رسول الله ﷺ أنّ قول الرّجل لامرأته: (أَمْرُكِ بيَدِك، أو قَدْ مَلَّكْتُكِ أَمْرَكِ، أو اختاري) يوجب أن تكون طالقاً، أو أنّ لها أَنْ تُطَلِّق نفسها، أو أن تختار طلاقاً، فلا يَجوز أَنْ يُحَرِّمَ على الرّجل فرجٌ أباحه الله تعالى له ورسوله ﷺ بأقوالٍ لم يُوجبها الله تعالى ولا رسوله ﷺ وهذا في غاية البيان، والحمد لله ربّ العالمين»[1].

ولعلّ أرجح القولين هو القول بأنّ التّخيير والتّمليك طلاقٌ، فمَنْ قال لزوجته: اختاري نفسَكِ، أو أمركِ بيدكِ، فقالت: اخترت نفسي، أو طلّقت نفسي؛ فإنّ الطّلاق يَقع طلّقها الزّوج أم لا، وذلك لأنّه هو الذي يتّفق مع ظاهر آية التّخيير التي تمسَّك بها جمهور أهل العلم، مع مخالفتهم لها في كثير من تفاريع المسألة[2].

ولأنَّ أثر عمر وعثمان الذي تسمك به المانعون يدلّ على ذلك.

ولأنّه لو قال لها: إنْ دخلتِ الدّارَ فأنتِ طالقٌ، فدخلت الدّار طَلقت بدون احتياج الزّوج التّطليق، فكذا هنا من باب أولَى.

فتبيّن أنّ قول الجمهور بوقوع الطّلاق إذا اختارت نفسها، أو طلّقت نفسها أشبه ربط الأحكام بأسبابها، وبه يكون لتمليكه وتَخييره إيّاها معنًى، وأسلم من تلاعب الرّجل بامرأته. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

---

(١) المحلّى لابن حزم ٩/٣٠١-٣٠٢.

(٢) انظر: المحلّى ٩/٣٠٠.

هذا الطّلاق جعله الشّافعية والحنابلة من قبيل كنايـات الطّـلاق، والمرجع فيها الزّوج[١].

من تطبيقات الضّابط:

١- أنّ مَنْ خيَّر زوجته أو قال لها: أَمْرُكِ بيَدِكِ؛ فاختارت نفسـها أو طلَّقت نفسها، نُفِذَ حتّى لا يحتاج أنَ ينشئ الزّوج الطّلاق، كما لو علّقه بشرط، على خلاف الضّابط[٢].

٢- أنّ الطّلاق بيد العبد دون سيِّده إذا أذن له السَّيِّد بذلك[٣].

٣- إذا قصدت المرأة أو وليّها التّحليلَ دون الزّوج، لم يؤثِّر ذلك في العقـد؛ لأنّ العقد إنّما يبطل بنيّة الزّوج؛ لأنّه الذي إليه المفارقة والإمساك، أمّـا المرأة فلا تَملك رفع العقد؛ فوجود نيّتها وعدمها سواء[٤].

٤- أنّه على قول الجمهور لو خيَّرها أو ملّكها أمرها؛ فإنّ له الرّجـوع فيما جَعَل إليها، فإذا رَجَع أو قال: فسختُ ما جعلت إليكِ، بطل؛ لأنّ الطّلاق لا يصحّ تَمْليكُهُ، ولا يَنتقل عن الزّوج[٥].

٥- أنّ الرّجعة حقٌّ للزّوج، فلا بدّ أن تكون منه حتّى لو قالت المرأة للزّوج: ارتجعتكَ لم يصحّ؛ لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[٦]، أي: أحقّ برجعتهنَّ منهنَّ[٧].

---

(١) انظر: المهذّب ٣/٨٨، وفتح الباري ٩/٢٨١، والمغني ١٠/٣٨٢.

(٢) انظر: المحلّى ٩/٣٠٠.

(٣) انظر: رسالة ابن أبي زيد ص ٢٠٤، والفواكه الدّواني ٢/٤٧.

(٤) انظر: الشّرح الكبير ٢٠/٤١-٤١١.

(٥) انظر: المغني ١٠/٣٨٢.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٧) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٢٩٤.

٦-أنّ الشّارع جعل الظّهار في جانب الزّوج؛فالمظاهرة تكون من الزّوجة لا من الزّوج؛فلا تظاهر المرأةُمن الزّوج، وقد حُكِيَ عليه الإجماع[1].

دليل ذلك قوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْۖ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدْنَهُمْ ﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾[3].

فخاطب الله سبحانه وتعالى الأزواج بذلك، وأضاف النِّساء إليهم، والإضافة دليل الاختصاص[4].

قال في أحكام القرآن: ((المسألة الثّامنة: قال مالك: ليس على النِّساء تظاهر، إنّما قال الله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم ﴾[5]، ولم يقل: (واللاتي يُظَاهِرْنَ منْكُنَّ من أزواجهنّ)، إنّما الظّهار على الرّجال...، وهو صحيحٌ معنًى؛ لأنّ الْحِلَّ والعَقْدَ، والتّحليل والتّحريم في النّكاح بيد الرّجال، ليس بيد المرأة منه شيءٌ، وهذا إجماعٌ))[6].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٦٥، والاستذكار ٥/٥٨-٥٩، وبداية المجتهد ٣/٢٠٤، وأحكام ابن العربي ٤/١٨٩، وتفسير القرطبي ١٧/٢٣٥، والمهذّب ٣/١٢٠.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(٣) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٤) انظر: أحكام ابن العربي٤/١٨٩، وتفسير القرطبي ١٧/٢٣٣، و٢٣٥ والمغني ٤/٢٩٩، و١٣/٥٥٥، وتفسير السّعدي ص ٨٤٤.

(٥) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٦) أحكام ابن العربي ٤/١٨٩، وانظر: تفسير القرطبي ١٨/٢٣٥.

الفصل الثّانِي: القواعد والضّوابط المتعلِّقة بعقود المعاملات

وفيه خمسة مباحث:

٣١- **المبحث الأوّل**: قاعدة: العقود اللازمة تلزم بالنّيـــة فقـــط دون اللّفظ، أو باللّفظ والنّية معاً.

٣٢- **المبحث الثّاني**: **قاعدة**: قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر.

٣٣- **المبحث الثّالث**: قاعدة: الأصل أنّ الحقوق تورث كالأموال.

٣٤- **المبحث الرّابع**: ضابط: كلّ من صحّ أن يكون راهناً صـــحّ أن يكون مرهَناً

٣٥- **المبحث الخامس**: ضابط: الصّفة إنّما تنوب عن المعاينة لمكـــان غيبة المبيع أو لمكان المشقّة التِي في نشره

مدخلٌ وتوطئةٌ:

العُقُودُ: لغة: جمع عَقْد، وهو الجمعُ بين أطراف الشّيء وربطها وشدّها، وضدّه: الحلّ. ويُستَعْمَلُ العقد على سبيل الحقيقة في الأجسام الصُّلبة؛ كعَقْدِ الْحَبل،وعَقْدِ البناء،ثم يُستَعارُ ذلك للمعاني نحو:عَقْدِ النّكاح، والبيع، والعَهْد وغيرها، فيقال:عاقَدْتُهُ، وعَقَدْتُهُ، وتَعَاقَدْنا، وعَقَدْتُ يمينه. قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾[1].

والعَقْدُ مَصدرٌ استُعْمِل اسماً فَجُمِعَ على العُقُود، نحو: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2].

أمّا العقد في الاصطلاح الفقهي ففيه مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّه: ربط أجزاء التّصرّف بالإيجاب والقبول شرعاً. وهذا تعريف العقد عند الحنفية والشّافعية[3].

قال في معجم لغة الفقهاء: ((اتّفاق بين طرفَين يلتزم فيه كلٌّ منهما تنفيذ ما تَمَّ الاتّفاق عليه، ولا بدّ فيه من: إيجَاب وقبول))[4].

المذهب الثّاني: أنّه: كلّ تصرّف قوليٍّ أو فعليٍّ ينشأ عنه حكمٌ شـرعيٌّ. وهذا تعريف العقد عند المالكية والحنابلة[5].

---

(١) سورة النّساء، من الآية: ٣٣.

(٢) سورة المائدة، من الآية: ١.

انظر: المفردات ص ٣٤٤، وطلبة الطلبة ص ١٦٨، والمصباح المنير ص ١٦٠.

(٣) التّعريفات ص ١٥٣، والمنثور ٢/١٢٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٨٧.

(٤) معجم لغة الفقهاء ص ٢٨٧.

(٥) انظر:التّاج والإكليل٦/١٤،وحاشية الدّسوقي٣/٥، والقواعد النّورانية ص١٥٥.

والفرق بين التّعريفين: أنّ على التّعريف الأوّل، لا يدخل في العقد التّصرّفُ الصّادرُ عن إرادةٍ واحدةٍ؛ كالطّلاق، والإبراء من الدَّين، وعتق المالك لعبده.

وأمّا التّعريف الثّاني فإنّه أعمّ؛ حيث لا يستوجب وجود طرفين له في جميع حالاته، بل قد يكون من طرفٍ واحد؛ كالطّلاق والعتق والإبراء، كما قد يكون من طرفين؛ كالبيع والإجارة والزّواج ونحو ذلك.

وبهذا؛ فإنّ التّعريف الرّاجح والمختار هو التّعريف الثّاني،والله تعالى أعلم بالصّواب.

ويجمع على عقود لاختلاف أنواعها وهي:[1].

١-مبادلة غير الذّهب والفضة بواحدٍ منهما؛ فالنّقد ثَمَنٌ وغيره مُثْمَنٌ، ويُسَمَّى هذا العقد بيعاً.

٢-مبادلة منفعة مباحة مطلقاً بمثلها، ويُسَمَّى هذا العقد معاوضةً ومقايضةً ومنافلةً ومبادلةً.

٣-مبادلة الذّهب أو الفضة بواحد منهما، ويُسَمَّى هذا العقد صرفاً ومصارفةً.

٤-وإنْ كان الثّمن مؤخَّراً سُمِّي العقدُ نسيئةً.

٥-وإنْ كان الْمُثْمَن مؤخَّراً سُمِّي العقدُ سلماً أو سلفاً.

٦-وإنْ كان المبيع منفعةً سُمِّي العقدُ إجارةً.

٧-وإنْ كان المبيع رقبة العبد له سُمِّي العقدُ كتابةً.

---

(١) انظر:بدائع الصّنائع ٥٨٣/٤، وأنيس الفقهاء ص٧٣، و٨١، وبداية المجتهد ٢٣٦/٣، والمنثور٣١٣/٢، وفتح الباري ٤٤٧/٤، وأشباه السّيوطي ص٤٦٣، وشرح منتهى الإرادات ١٢١/٣.

٨–وإنْ كان المبيع منفعة البُضْعِ سُمِّي العقدُ نكاحاً، والعوض صداقاً أو خُلعاً.
٩–وإنْ كان الثّمن والمثمن ديناً سُمِّي العقدُ حوالةً.
١٠–وإنْ كان المبيعُ ديناً والثّمن عيناً ممَّن هو عليه سُمِّي العقدُ استبدالاً.
١١–وإنْ كان المبيع بِمثل الثّمن الأوّل؛ أي: سعر التّكلفة دون زيادة ربحٍ لغير البائع الأوّل سُمِّيَ العقدُ توليةً.
١٢–أو بزيادة ربحٍ على سعر التّكلفة سُمِّي العقدُ مُرابَحةً.
١٣–أو بنقص من سعر التّكلفة سُمِّي العقدُ مُحاطةً.
١٤–وإنْ كان المبيع بِمثل الثّمن الأوّل للبائع الأوّل سُمِّيَ العقدُ إقالةً.

أركان العقد:

يتبيّن مِمّا سبق أنّ العقد له أركانٌ أربعةٌ هي[1]:

١–طرفان، وهما: العاقدان.
٢–العوضان: الثّمن والمثمن.
٣–العقد.
٤–الصّيغة، وهي: الإيجاب والقبول، وما في معناهما من قولٍ أو فعلٍ.

المعاملات تُطلق في الاصطلاح الفقهي على عدّة معانٍ منها:

المعنَى الأوّل: تُطْلَقُ المعاملات على الأحكام الشّرعيّة المنظِّمة لتعامل النّاس مع بعضهم في الدُّنيا، سواء كانت تلك الأحكامُ تتعلّق بالأموال أم بالنِّساء؛ من زواجٍ وطلاقٍ، أم بالمخاصمات والأقضية والتّركات وغير ذلك، وهذا الإطلاق يستند إلى التّقسيم الثّنائي للفقه إلى:

---

(١) انظر: القوانين الفقهيّة ص ١٣١، و١٦٢، وأشباه السّيوطي ص ٤٦٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٨٧.

عباداتٍ ومعاملاتٍ، كما درج عليه كثيرٌ من أهل العلم.

قال في القوانين الفقهية: «... ثم قسمت الفقه إلى قسمين:

أحدهما: في العبادات، والآخر في المعاملات، وضمنت كلّ قسمٍ عشرة كتبٍ...،

القسم الثّاني: -المعاملات- فيه من الكتب: كتاب النّكاح، كتاب الطّلاق وما يتّصل به، كتاب البيوع، كتاب العقود المشاكلة للبيوع، كتاب الأقضية والشّهادات، كتاب الأبواب المتعلّقة بالأقضية، كتاب الدِّماء والحدود، كتاب الهبات وما يجانسها، كتاب العتق وما يتعلّق به، كتاب الفرائض والوصايا»[١].

فقد عرّف هذا النّوع في معجم لغة الفقهاء بأنّه: (الأحكامُ الشّرعيّةُ الْمُتعلّقةُ بالأمور الدُّنيوية)، وبعبارة أخرى: (الأحكامُ الشّرعيَّةُ الْمُنَظِّمةُ لتعامل النّاس في الدّنيا)[٢].

وعبّر عنها في الذّخيرة في سياق بيان الفرق بين العبادات والمعاملات بقوله: «وأمّا المعاملات؛ فَتُحَصِّل مصالِحها التي بُذِلَت الأعواض فيها بِمُسَمَّى حقائق الشّروط»[٣].

المعنَى الثّانِي: تُطلَقُ المعاملاتُ على الأحكام الشّرعيّة الْمُنَظِّمة لتعامل النّاس مع بعضهم في مَجال المال والعلاقات الأسريّة من زواجٍ

---

(١) القوانين الفقهيّة لابْن جُزَيّ ص٨-٩، و١٣٠ فما بعدها، ومثله لابن حجر في فتح الباري ١/١٦٤، و٤/٣٤١، وانظر: الذّخيرة ١/٨.

(٢) أ.د محمّد رواس قلعة جي ص ٤٠٨.

(٣) الذّخيرة للقرافي ١/٣٤٢.

وطلاق ونفقات وغير ذلك.

وهذا ما ينتهجه بعض كتب الفقه مراعاةً لِمَا في أحكام الأسرة من جانب تعامُلِيٍّ بين الزّوجين.

جاء في الحاشية[(١)]: المعاملات خمسة: (المعاوضات الماليّة، والمناكحات، والمخاصمات، والأمانات، والتّركات)، وهذا يشمل المعنَى الأوّل والثّاني.

المعنَى الثّالث: تُطْلَقُ المعاملاتُ على الأحكام الشّرعية المنظّمة لتعامل النّاس مع بعضهم في مجال المال، ويستند هذا الإطلاق إلى تقسيم الفقه إلى: عبادات، ومعاملات ماليّة، ومناكحات (فقه الأسرة)، وعقوبات، وعلاقات دوليّة، وغير ذلك.

وهذا الإطلاق، هو الأولَى بالاعتبار؛ لأنّه يتّفق مع طبيعة هذا العصر الذي يتّجه إلى الدّراسات الجزئية المتخصّصة بدلاً من الدّراسات الكلّيّة العامّة، فلذا يُمكن تعريف المعاملات بأنّها: (الأحكامُ الشّرعيّةُ الْمُنَظِّمَةُ لتعامل النّاس في الأموال)[(٢)]. وعليه درج بعض كتب الفقه منها:

ما جاء في مواهب الجليل: إنّه هو طريقة المتأخِّرين من المالكية، مُعَلِّلاً بأنّ باب البيع ممّا يتعيّن الاهتمام بمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه؛ إذ لا يخلو مُكَلَّفٌ غالباً من بيعٍ أو شراء[(٣)].

---

(١) المشهور بحاشية ابن عابدين ٧٩/١، وهو مقتضى صنيع النّووي في روضة الطّالبين ٢٩١/٤-٢٩٢،و٥٦/٨، و٦٢، وانظر:بدائع الصّنائع ٥١٧/٢، المجموع١٢١/٢، و٢٨٤/٧، و١١٤/٩، وتمهيد الأسنوي ص ١٦٣، وشرح منتهى الإرادات ١٩/٣.

(٢) انظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص ١٢، والمدخل لدراسة الشّرعية الإسلامية ص ٣٠.

(٣) انظر: مواهب الجليل للخطّابي انظر: ٣/٦.

وفرّق صاحب الموافقات بين العبادات والعادات والمعاملات والجنايات(١).

ما جاء في المهذّب: «وتَجوز -الوكالة- في سائر عقود المعاملات؛ كالرّهن والحوالة والضّمان والكفالة والشّركة والوكالة والوديعة والإعارة والمضاربة والجعالة والمساقاة والإجارة والقرض والهبة والوقف والصّدقة»(٢).

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: «قدّموا العبادات؛ اهتماماً بالأمور الدِّينيّة، ثم المعاملات؛ لأنّ من أسبابها الأكلَ والشّربَ ونحوه من الضّروريِّ الذي يَحتاج إليه الكبيرُ والصّغيرُ، وشهوته مُقدَّمَةٌ على شهوةِ النّكاح، وقدّموه على الجنايات والحدود والمخاصمات؛ لأنّ وقوعها في الغالب بعد الفراغ من شهوة البطن والفرج»(٣).

إذا تقرّر هذا؛ فالمعاملات هي مصطلحٌ يُطْلَقُ على التّعامل الواقع بين النّاس بعضهم بعضاً في الأموال، ويشمل عقودَ المعاوضات: البياعات، والشّركات، والمضاربات، والسَّلَمَ والإجارات، والقرض والمداينات، والرّهن والضّمان، وهذه عقود المعاملات تنقسم بعدّة اعتباراتٍ، بيانها في فقراتٍ تالية:

تقسيمات عقود المعاملات من حيثيّات مختلفة:

التّقسيم الأوّل: من حيث الاستقلال بها وعدمه تنقسم إلى: عقدٍ ينفرد

---

(١) انظر: الموافقات للشّاطبي ٢/٩، و٣/٩٩، و٤/١٧٣.

(٢) المهذّب للشّيرازي ٢/٢٦٥، وانظر: المجموع ٩/٢٢٢، وروضة الطّالبين ٤/٢٠٠، و٢٩٠-٢٩١، و٣٠١، و٧/٤٠٩، وتمهيد الأسنوي ص ٧٣.

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١/١٩، وانظر: ٣/١٣٠، و٣٨١، و٣٨٩.

به العاقد، وعقد لا بدّ فيه من متعاقدين[١]:

أمّا الأوّل فهو: عقد التّدبير والنّذور واليمين والوقوف إذا لم يشترط القبول فيه، والطّلاق والعتاق إذا كان بغير عوضٍ.

وأمّا الثّاني -وهو ما لا بدّ فيه من متعاقدين- فمنه: عقد البيع والصّرف والإجارة وعقود الشّركات ونحوها.

التّقسيم الثّاني: من حيث لزومها وجوازها تنقسم إلى عقدٍ لازمٍ، وعقدٍ غير لازمٍ[٢]:

الأصل في العقد اللّزوم؛ لأنّ العقد إنّما شُرِعَ لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات؛فيناسب ذلك اللّزوم دفعاً للحاجة،وتحصيلاً للمقصود، غير أنّه مع هذا الأصل انقسمت العقود الصّحيحة النّافذة إلى لازمٍ وغير لازمٍ، وذلك نظراً لانضباط العقد بحصول مقصوده أو عدمه، أو لوجود الجهالة في بعضها لاختلاف طبيعة العقود، وحاجة المتعاقدين دعت إلى أن تكون قابلةً للفسخ أو عدمه[٣].

---

(١) انظر: المنثور ٢/١٢٢، وأشباه السّيوطيّ ص ٤٦٤.

(٢) ومنهم مَنْ جعل القسمة خماسيةً، ومنهم مَنْ جعلها ثلاثيةً. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٩-٥٨٠، و٥٨٧، وأشباه ابن نجيم ص ٣٣٦، والمنتقى ٧/٨٤، و٨٦، و٨٩، وبداية المجتهد ٣/٤٣٧، و٤٧٤، و٤/١٤، و٤٦، و١٠٦، والفروق ٤/١٣، وقواعد الأحكام ٢/١٤٩-١٥١، والمجموع ٩/١٢٦، والمنثور ٢/١٢٣-١٢٥، وأشباه السّيوطي ص٤٦٤، والمغني ٦/٤٨، و٨/٢٢، وقواعد ابن رجب ق (٤٦)، والمدخل إلى فقه المعاملات المالية ص٢٩٠-٢٩١.

(٣) انظر: الفروق ٤/١٣، والمغني٦/٣٩، و٤٢، و٤٥، وفتح الباري٩/١٢٣، ونيل الأرب ص٢٠٧.

العقود اللازمة: هي التِي لا يستقلّ أحدُ طرفَيِ العقد بإمضائها، ولا يستبدّ بفسخها؛ لأنّها لا تقبل الفسخ بطبيعتها، ولا بدّ من موافقة الطّرف الآخر، ولا بدّ أن تكون معلومةً مقدوراً عليها في الحال[1].

من أمثلتها: عقد النّكاح، والخلع، والعتق، والبيع، والصّرف، والسّلم، والإجارة، والهبة، والصّدقة، وعقود الولايات؛ فإنّ التّصرّف المقصود بالعقد يحصل عقيب العقد، ولا يمكن لأحد الطّرف فسخه والعدول عنه بمفرده.

وأمّا **العقود الجائزة غير اللازمة** فهي عكس اللازمة، يستقلّ أحدُ طرفَيِ العقد بفسخها منفرداً دون رأي الآخر أو موافقته، ولا تستلزم مصلحته مع اللّزوم، بل مع الجواز.

ومن أمثلتها: عقد الشّركة، والجعالة، والقراض، والمغارسة، الوديعة، والعارية، والوكالة، إلاّ إذا تعلّق بها حقّ الغير، والإيداع، والقرض، وتحكيم الحاكم، وسائر عقود الشّركات من عنان، ومفاوضة ونحوها[2].

التّقسيم الثّالث: من حيث كونه ماليّاً أو غير ماليٍّ تنقسم إلى ثلاثة[3]:

أوّلاً: عقدٌ ماليٌّ من الطّرفَين حقيقةً؛ كالبيع والسّلم، أو حكماً؛ كالإجارة؛ فإنّ المنافع تُنَزَّل مَنْزِلَةَ الأموال. مثاله: المضاربة والمساقاة.

ثانياً: عقدٌ غيرُ ماليٍّ من الطّرفَين؛ كما في عقد الهدنة إذ المعقود عليه في الطّرفين كفّ كلّ منهما عن الإغراء بين المسلمين وأهل الحرب،

---

(١) انظر: المقدّمات ١/٤٨٠، والمجموع ٩/١٢٦، والمنثور ٢/١٢٥، والمدخل لفقه المعاملات ص ٢٩٠.

(٢) انظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص ٢٩٠-٢٩١، ونيل الأرب ص ٢٠٧.

(٣) انظر: المنثور ٢/١٢٦، وأشباه السّيوطي ص ٤٦٣.

وكعقد القضاء.

وهذا أشدّ لزوماً من الأوّل؛ إذ يجوز في المالي من الطّرفين فسخه بعيب في العوض؛ كالثمن والمثمن؛كما في خيار العيب، وغير المالي لا يفسخ أصلاً إلاّ لحدوث ما يمنع الدّوام.

ثالثاً: عقدٌ ماليٌّ من أحد الطّرفين؛ كالنّكاح والخلع والصّلح عن الدّم والجزية.

التّقسيم الرّابع: من حيث اشتراط الإيجاب والقبول لفظاً أو عملاً إلى ثلاثة(١):

أوّلاً: ما يشترط فيه الإيجاب والقبول لفظاً من الطّرفين؛ كالبيع والصّرف والسّلم والإجارة إذا اكتفيا بالمعاطاة والنّكاح والصّداق ونحوها.

ثانياً: ما يشترط فيه الإيجاب من طرف ويكفي القبول بالفعل تصرّفاً من الطّرف الآخر؛ كالوكالة في الأصح، والقراض والوديعة والجعالة والعارية.

ثالثاً: ما لا يشترط فيه الإيجاب والقبول لفظاً من الطّرفين؛ كالمعاطاة والهدية والصّدقة.

التّقسيم الخامس: من حيث اشتراط القبض في لزومه وما ليس كذلك إلى قسمين، والضّابط في ذلك:

أوّلاً: أنّ ما كان القبضُ فيه من مقتضى العقد وموجبه؛ فإنّه يلزم من غير قبضٍ؛ كالبيع والإجارة والنّكاح والصّداق والخلع(٢).

ثانياً: ما كان القبضُ فيه من تمام العقد؛ فلا يلزم إلاّ بالقبض؛ كالرّهن لا يلزم من جهة الرّاهن إلاّ بإقباضه، وكذلك الهبة لا تملك إلاّ

---

(١) انظر: المنثور ١٢٧/٢-١٢٨، وأشباه السّيوطي ص ٤٦٨-٤٦٩.

(٢) انظر: المنثور ١٢٨/٢-١٢٩، وأشباه السّيوطي ص ٤٧١.

بالقبض، وتكون الزّوائد قبله للواهب[١].

ومن العقود ما يشترط فيه القبضُ الحقيقيُّ ولا يكفي الحكمِيّ، وهو الصّرف والسّلم، ولهذا لا تكفي الحوالة ولا الإبراء[٢].

ومنها ما يكفي فيه القبضُ الحكمِيُّ؛ كما إذا أثبت صيداً ووقع في شبكته؛ فإنّه يملكه وإن لم يأخذه؛ ولهذا يجوز له بيعه قبل أخذه[٣].

ومثله الأرزاق التي يخرجها السّلطان للنّاس يملكونها قبل الأخذ إذا صدر منهم ما يقتضي التّمليك، ولهذا كان الصّحيح بيعها قبل قبضها[٤].

وبعد هذه التّوطئة أدخل في دراسة قواعد الباب، وبالله -تعالى- التّوفيق والعصمة.

---

(١) انظر: المرجعين السّابقين.

(٢) انظر: المنثور ١٢٩/٢.

(٣) انظر: المنثور ١٢٩/٢.

(٤) انظر: المنثور ١٢٩/٢.

المبحث الأوّل: القاعدة الواحدة والثّلاثون [٣١]

[العقودُ اللازِمَةُ تلزمُ بالنّيّة فقط دون اللّفظ، أو باللّفظ والنّيّة معاً]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في الفصل الأوّل في شروط الاستثناء الْمؤثِّر في اليمين، وذكر تحته ثلاث مسائل، الأولى منها: اشتراط اتّصال الاستثناء[1] بالقَسَم، ثم ذكر من فروعٍ تَحته؛ اشتراط النّطق باللّسان، وذكر فيه قولين: قولٌ باشتراط اللّفظ، أيّ لفظ كان من ألفاظ الاستثناء، وقولٌ بأنّ الاستثناء ينفع بالنّيّة بغير لفظٍ[2]، ثم قال -مُبَيِّناً سبب

---

(١) الاستثناء، هو: إخراج شيء بـ: (إلاّ) أو إحدى أخواتها ممّا كان داخلاً في الحكم السّابق عليها. مثل: ﴿إِلَّا عَلَى الْخَاشِعِينَ﴾[سورة البقرة، الآية: ٤٥].
انظر: توضيح النّحو٢/٢٨٦.

(٢) لقب هذه المسألة: هل يشترط النّطق لتأثير الاستثناء في اليمين؛ حيث يكون نطقاً مسموعاً وإلاّ فلا؟
القول الأوّل: ضرورة كون الاستثناء نطقاً مسموعاً، وأنّه شرطٌ لا يصحّ الاستثناء بدونه، وإن نوى الاستثناء بدون نُطقٍ لم ينعقد، وهو مذهب المالكية والشّافعية والحنابلة وقول الفقيه أبي جعفر الهندواني من الحنفية، صحّحه الكاساني.
لأنّ الحروف لا تَتحقّق بدون الصّوت؛ فالحروف المنظومة لا تَتحقّق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيعٍ خاصٍّ؛ فإذا لم يوجد الصّوت لم توجد الحروف، فلم يوجد الكلام ضرورةً.
ولأنّ يَمينه لا تَنعقد بمجرّد نيّته، فلا يصحّ استثناؤه كذلك.
القول الثّاني: وهو قَول الكرخي من الحنفية؛ قالوا كون الاستثناء مسموعاً ليس بشرط؛ حتّى لو حرّك لسانه وأتَى بِحروف الاستثناء يصحّ، وإن لم يكن مسموعاً.
وما ذَهب إليه الجمهور هو الرّاجح في نظري، فلو حلف، واستثنَى بقلبه دون
=

الاختلاف-: ((والسّبب في هذا الاختلاف هو: **هل تلزم العقودُ اللازمةُ بالنّيّة فقط دون اللّفظ، أو باللّفظ والنّيّة معاً؟**))[١].

توثيق القاعدة:

ورد ذكر القاعدة أو مفادها في كتب الفقهاء منها:

وجاء في الأشباه والنّظائر: ((الأيْمان مبنيّةٌ على الألفاظ لا على الأغراض))[٢].

وجاء في المنتقى: ((لا يكون الاستثناء إلاّ نطقاً فإن نواه من غير نطقٍ لم ينعقد))[٣].

وجاء في فتح الباري: ((الخبر[٤] دلّ على أنّه لا يجوز وقوع الطّلاق بنيّة لا لفظ معها، وتُعُقِّبَ بأنّه لَفَظَ بالطّلاق وَنَوَى الفرقة التّامّة؛ فهي نيّةٌ صَحِبَها لفظٌ))[٥].

وفيه أيضاً: ((الوجود الذّهني لا أثر له، وإنّما الاعتبار بالوجود

=

النّطق، لم يصحّ استثناؤه قضاءً، وهذا في حالة الاعتدال، وأمّا في حالة العذر والضّرورة؛ فلا يعتبر النّطق شرطاً؛ فمظلومٌ خائفٌ لو حلف وقصد استثنَاء بقلبه قَبْلَ تَمام مستثنَى منه أو بعده قبل فراغه صحّ استثناؤه، وتكفيه نِيّتُهُ؛ لأنّ يَمينه غير منعقدة، أو لأنّه بمَنْزلة المتأوِّل.

انظر: بدائع الصّنائع ٣/٢٤٣، والمنتقى ٤/٤٥٥، والفروق ١/٣٦، والمهذّب ٣/٤٩، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٨١-٣٨٢.

(١) بداية المجتهد ٢/٣٩٩.

(٢) أشباه ابن نجيم ص ٥٣، و١٨٦.

(٣) المنتقى للباجي ٤/٤٥٥، وانظر: ٤٥١، و٤٥٧.

(٤) يعني: قوله ﷺ: ((إنّ الله تَجاوز عن أمّتي ما حدّثت به أنفسها ما لم تَعمل أو تَكلّم)). يأتي تخريجه إن شاء الله عند ذكر أدلّة القاعدة.

(٥) فتح الباري لابن حجر ٩/٣٠٥.

القولي في القوليّات والعمليّ في العمليّات»[١].

ما جاء في تقرير القواعد: «فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يُخرجها عن موضوعها؛ فهل يفسد العقد بذلك، أو يجعل كنايةً عمّا يمكن صحّته على ذلك الوجه؟ فيه خلاف يَلْتَفتُ إلى أنّ الْمُغَلَّب أهو اللّفظ أم المعنَى؟»[٢].

وجاء في المحلّى: «ومَنْ طلّق في نفسه لم يلزمه الطّلاق... وكذلك العتق في النّفس، والمراجعة في النّفس، والهبة والصّداقة في النّفس، والإسلام في النّفس، كلّ ذلك ليس بشيء». ثم قال بعد ذكر الأدلّة على صحّة مذهبه[٣]:

«...ولم يأت نصٌّ قطّ بإلزام طلاق، أو عتاق، أو رجعة، أو هبة، أو صدقة بالنّفس لم يَلْفَظْ بشيء من ذلك، فوجب أنّه كلّه لَغْوٌ، وبالله تعالى التّوفيق»[٤].

ثم قال: «كلاّ، ليس طلاقاً، إنّما الطّلاق ما نَطَقَ به الْمُطلِّق مختاراً بلسانه قاصداً بقلبه كما أمر الله تعالى»[٥].

شرح مفردات القاعدة:

تلزم: أي: تحصل، وتنعقد، وتصحّ[٦].

معنَى القاعدة الإجمالي:

هذه قاعدةٌ مهمّةٌ في موضوعها؛ حيث تدرس نوعاً من أنواع العقود، وتُبيِّن ما عليه مدار لزوم العقد،هل يُنْظَرُ فقط للنّيّة والقصد الذي في نفسه

---

(١) فتح الباري ١١/٥٦٠.

(٢) قواعد ابن رجب الحنبلي ص ١٧٠، ق: [٣٨].

(٣) ابن حزم، المحلّى ٩/٤٥٧.

(٤) المحلّى لابن حزم ٩/٤٥٩، وانظر: فتح الباري ٩/٣٠١-٣٠٣.

(٥) المحلّى ابن حزم ٩/٤٦٦.

(٦) انظر: حاشية الدّسوقي ٣/٢.

ولم يتلفّظ به،أم للألفاظ التي يستعملها العاقدون حين العقد، أم يُنْظَر لألفاظهم مع مقاصدهم الحقيقية -النّيّة- من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؟ فلو قال أعجَميٌّ -لا يعرف اللّغة العربية ولا يفهمها- لامرأته: أنتِ طالقٌ، أو قال لغيره: بعتُكَ سلعتِي هذه، هل يلزمه طلاقه وبيعه أم لا؟

والتّحقيق أنّه بالنّظر إلى كتب أهل العلم يُرى أنّ مُجرّد النّية لا يكفي للزوم العقد؛ فمَن وقف أمام بائعٍ بدون أن يتكلّم لا يُعَدّ مساوماً ولا مشترياً، ولو كان في نفسه يريد أن يشتري، وبهذا يُعلَم أنّ لزوم العقود مناطٌ بالنّيّة واللّفظ معاً، أو ما يقوم مقام اللّفظ المعبِّر عمّا في النّيّة، والفهم لمعنَى العقد الذي نواه وتلفّظ به، ثم بعد ذلك ينظر في الباعث للعاقد على العقد، هل نوى وتلفّظ به اختياراً أو من غير اختيار؟ فإنْ كان باختياره نوى وتلفّظ بالصّيغة الموجبة لعقد ما، مع فهمه لمدلوله؛ فإنّ العقد يلزمه بلا خلافٍ وقفتُ عليه، وإلاّ فيُعْطَى الحكم كلّ حال بحسبه[1].

علاقة هذه القاعدة بقاعدة: (**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني**)[2]، هي كما يلي:

١-أنّ مفاد قاعدة (العبرة في العقود...) يسبق مفاد القاعدة (العقود اللازمة تلزم بالنّيّة فقط...)؛ حيث إنّ فحوى الأولى مدى اعتبار

---

(١) انظر:المنتقى ٤/٤٥١، و٤٥٧، وتفسير القرطبي ١٩٢/٨، والمجموع ١٢٣/٩، و١٤٩/١٨، و٢٠٦-٢٠٧، و١٩١/١٩، والمنثور ٦٥/١، وفتح الباري ٣٠١/٩، و٣٠٥، و٣٤٤/١٢، ومختصر الخرقي ٤٠١/١٠، والمغنِي ٤٠١/١٠-٤٠٧، وشرح منتهى الإرادات ٣٨٢/٥.

(٢) انظر:بدائع الصّنائع ٨٢/٥، والفروق ٣٦/١، وفتح الباري ٣٤٢/١٢، وأشباه السّيوطي ص٣٠٤-٣٠٩، وشرح القواعد للزّرقا ص ٥٥-٧٨، وتطبيقات قواعد الفقه ص ١٧٣-١٧٦، والوجيز ص ٨٧، جمهرة القواعد ٥٥٠/١-٥٦٢.

المعنَى والمقصود وترجيحهما اللّفظ والصّورة في تشخيص نوعية العقود وتحديدها.

وأمّا القاعدة الثّانية فإنّ فحواها اعتبار اللّفظ مع النّيّة حسب الأحوال في لزوم العقد، وبيان أحكامها من حيث الصّحّة والبطلان.

٢-أنّ مهمّة القاعدة الثّانية في إصدار الحكم بلزوم العقد وعدمه تأتِي بعد إعمال القاعدة الأولى بتحديد نوعية العقد وصحّتها.

مثال ذلك:إذا قال شخصٌ لآخر:(وهبتُ لك هذه البقرة بِجملك).

تحليله: يُلْحَظُ في هذا المثال أنّ لفظ (الهبة) موضوعٌ لمعنًى شرعيٍّ، فقد عُبِّر عنها عن معنًى شرعيٍّ آخر بطريق التّجويز نظراً إلى جملةِ ما يدلّ عليه كلام العاقد ومقصده منه، فيصير هو المعتبر؛ فيكون هذا عقدَ بيعٍ ولا يمنع من ذلك التّعبير بلفظ: (وهبت)؛ بناء على قاعدة: (العبرة في العقود للمقاصد والمعانِي لا للألفاظ والمباني). وبِهذا تَمَّ إعمالها في تحديد نوع العقد وتشخيصه وهو (عقد بيعٍ) أُخِذَ من قوله: (بِجملك)؛ فإنّ الهبة بدون دفع عوضٍ، ولما ذكر العوض عُلِمَ أنّه عقد بيعٍ لا هبة ويأخذ العقد أحكام البيع، فهذا هو القرينة اللّفظية وجدت في العقد؛ لأنّ ذكر الثّمن قرينةٌ تَجعل لفظ الهبة جليَ الدّلالة على قصد البيع[1].

أمّا لو قال: بل نويت ما تلفظت به-أي:الهبة-،وأنّ قوله:(بِجملك) غير مراد؛ فإنّ العقد يلزم هبةً دون بيعٍ. والله -تعالى- أعلم.

من أدلّة القاعدة:

١-قوله ﷺ : ((إنّما الأعمال بالنّيّة، وإنّما لكلّ امرئ ما نوى))[2].

---

(١) انظر: جمهرة القواعد ٥٥٢/١-٥٥٣.

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة: [١٣].

وجه الاستدلال منه: أنّه عليه السلام لم يُفْرِد فيه النِّيَّةَ عن العمل، ولا العملَ عن النِّيَّة، بل جمعهما جميعاً، ولم يُوجِب حكمَ أحدهما دون الآخر، فصحّ أن لا عمل إلاّ بنيّةٍ ولا نيّة إلاّ بعملٍ[1].

٢-قوله ﷺ: ((إذا أراد عبدي أَنْ يعمل سَيِّئةً فلا تكتبوها عليه حتّى يعملَها؛ فإذا عملها فاكتبوها بمثلها...))، وفي لفظٍ: ((... وإذا هَمَّ بسَيِّئةٍ وَلَم يعملْها لَمْ أَكْتُبْهَا عليه...))[2].

وجه الاستدلال منه: أنّه عليه الصّلاة والسّلام قرن النّيّة بالعمل للزوم كتابة الإثم عليه؛ فمَنْ هَمَّ بسَيِّئةٍ فَلَمْ يعملها لم تكتب عليه؛ فالهمّ الذي لا يكتب هي الخواطر التي لا توطن النّفس عليها، ولا يصحبها عقدٌ ولا نيّةٌ ولا عزمٌ، إنّما المؤاخذة تقع لِمَنْ هَمّ على الشّيء فشرع فيه، لا مَنْ هَمَّ به ولم يتّصل به العمل؛ فدلّ على أنّ مطلق الهم والإرادة الباطنة - النّيّة- لا يكفي لزوم العقود والتّصرّفات والمؤاخذة[3].

٣-قوله ﷺ: ((إنَّ الله عزّ وجلّ تَجاوَزَ لأُمَّتِي عَمَّا حدَّثتْ به أَنْفُسَهَا، ما لَمْ تَعْمَلْ أو تَكَلَّم به))[4].

---

(١) انظر: المحلّى ٤٥٨/٩، و٤٥٩، و٤٦٦.

(٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ٤٧٣/١٣، كتاب التّوحيد، باب قول الله عزّ وجلّ: ﴿أَن يُبَدِّلُواْ كَلَـٰمَ ٱللَّهِ﴾، [سورة الفتح، الآية: ١٥]، برقم: (٧٢٢٦)، وأخرجه مسلم في صحيحه ١١٧/١-١١٨،كتاب الإيمان،باب إذا هَمَّ العبد بحسنة...،برقم:(١٢٨-١٣١)،واللّفظ له.

(٣) انظر: المحلّى ٤٥٩/٩، وشرح مسلم للنّووي٣٣٠/٢، وفتح الباري٣٣١/١١-٣٣٧، و٤٧٨/١٣.

(٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ٣٠٠/٩، =

وجه الاستدلال منه: حيث دلّ أنّ الإرادة الباطنة والخواطر وحديث النّفس لا يؤاخذ بها ما لم يقارنها العمل أو اللّفظ؛ فدلّ على أنّ العقود لا تلزم إلاّ بالنّيّة واللّفظ معاً[1]، قال في فتح الباري: «دلّ الخبر على أنّه لا يجوز وقوع الطّلاق بنيّة لا لفظ معها»[2].

٤-ومن المعقول؛ أنّ مَنْ كان في الصّلاة فوقع في خاطره أن يقطعها، لم تنقطع، وإنْ صمَّم على قطعها بقولٍ أو فعلٍ بطلت، ومثلها الصّوم[3].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

للتّصوّر الأوضح لموقف المذاهب الفقهية منها،رأيت أوّلاً بيان المسألة التِي هي مناسبة ذكر القاعدة،ثم ثانياً موقفها من القاعدة كقاعدةٍ مستقلّة:

شروطُ الاستثناء المؤثِّر في اليمين:

لا خلاف في الجملة أنّ الاستثناء وضعيّاً[4] كان أو عرفيّاً[1] له تأثير

=

كتاب الطّلاق، باب الطّلاق في الإغلاق، برقم: (٥٠٧٧)، و١١/٥٥٧، كتاب الأيمان والنّذور، باب إذا حَنَثَ ناسياً في الأيمان، برقم: (٦٤٣٠)، ومسلم في صحيحه ١/١١٦-١١٧، كتاب الإيمان، باب تجاوز الله عن حديث النّفس والخواطر بالقلب ما لم تستقرّ برقم (٢٠٢/١٢٧)، واللّفظ له.

(١) انظر: تفسير القرطبي ٨/١٩٢، وشرح مسلم ٢/٣٢٧-٣٢٩، وفتح الباري ٩/٣٠٥، و١١/٣٣٦.

(٢) فتح الباري ابن حجر ٩/٣٠٥.

(٣) انظر: فتح الباري ١١/٣٣٥.

(٤) الاستثناء الوضعي هو ما يكون بلفظ موضوعٍ للاستثناء،وهو كلمة(إلاّ)أو إحدى أخواتها:(غير، سوى، عَدَا، خلا، حاشًا، ليس، ولا يكون). انظر: بدائع الصّنائع

=

في حلّ الأيمان إذا اجتمع فيه ثلاثة شروطٍ[2]:

١-أَنْ يكون متناسقاً مع اليمين.

٢-أَنْ يكون ملفوظاً منطوقاً به.

٣-أَنْ يكون مقصوداً من أوّل اليمين، إذا اجتمعت هذه الشّروط في الاستثناء لا تنعقد اليمين معه.

وإنّما اختلفوا في هذه الشّروط الثّلاثة؛ يعنِي: إذا فرّق الاستثناء من اليمين، أو نواه ولم ينطق به، أو حدثت له نية الاستثناء بعد اليمين وإنْ أتَى به متناسقا مع اليمين.

وأذكر منها المسألة التي هي مناسبة ذكر القاعدة فهي الشّرط الثّانِي؛ إذا نوى الاستثناء ولم ينطق به باللّسان، أتؤثِّر في اليمين؛ بحيث لا ينعقد أم لا بدّ من النّطق والتّلفّظ بالاستثناء حتّى يؤثِّر؟

مثاله: لو قال لامرأته: أَنْتِ طالقٌ، ونوَى بقلبه: (إلاّ كذا)، هل

=

٣/٢٤١، وتوضيح النّحو ٢/٢٨٦-٢٨٧.

(١) الاستثناء العرفي هو: تعليق اليمين بمشيئة الله تعالى؛ لأنّه ليس باستثناء في الوضع لانعدام أداة الاستثناء، بل الموجود كلمة الشّرط، إلاّ أنّهم تعارفوا إطلاق الاستثناء على هذا النّوع، قال الله تعالى: ﴿إِنَّا بَلَوْنَٰهُمْ كَمَا بَلَوْنَآ أَصْحَٰبَ ٱلْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا۟ لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴿١٧﴾ وَلَا يَسْتَثْنُونَ﴾ [سورة القلم، الآيتان: ١٧-١٨]، أي: لا يقولون: إنْ شاء الله تعالى، وبينه وبين الأوّل مناسبةٌ في معنَى ظاهر لفظ الاستثناء؛ وهو المَنع والصّرف دون الحقيقة؛ فأطلق اسم الاستثناء عليه. انظر: بدائع الصّنائع ٣/٢٤١، والمنتقى ٤/٤٥٣، والمجموع ١٩/١٩١.

(٢) انظر هذه الشّروط في: بدائع الصّنائع ٣/٢٤٣، والمنتقى ٤/٤٥٥، وبداية المجتهد ٢/٣٩٨، والفروق ١/٣٦، والمهذّب ٣/٤٩، و١٦٠-١٦٨، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٨١-٣٨٢.

يصحّ الاستثناء ويؤثّر في اليمين؛ بحيث لا يقع الطّلاق، أم لا يصحّ؛ فلا يُقْبَل حكماً ولا ديناً؟[(١)].

الجواب عليها لا يخلو من عدّة أحوال؛ وذلك أنّ ما يَتَّصِلُ باللّفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب:

الضّربُ الأوّل: ما لا يصحّ من الاستثناء نطقاً ولا نِيَّةً، وهو ما يرفع حُكْمَ اللّفظ كلّه.

مثاله: أَنْ يقول: أنت طالقٌ ثلاثاً إلاّ ثلاثاً، أو يقول: أنت طالقٌ، وينوي الاستثناء بقلبه، أو قَال: أردت طلاقاً لا يقع عليكِ؛ فهذا لا يصحّ بلفظه ولا بنِيّته؛ لأنّه يرفع حكم اللّفظ كلّه؛ فيصير الجميع لغواً، فلا يصحّ هذا في اللّغة بالاتّفاق، وإذا كان سقط الاستثناء والصّفة، وقع الطّلاق[(٢)].

الضّرب الثّاني: ما يُقْبَل لفظاً، ولا يُقْبَل نيّةً، لا في الحكم، ولا بينه وبين الله -تعالى-، وهو استثناء الأقلّ، فهذا يصحّ لفظاً؛ لأنّه من لسان العرب، ولا يصحّ بالنّيّة.

مثاله: أَنْ يقول: أنت طالقٌ ثلاثاً، ويستثنِي بقلبه: (إلاّ واحدةً)، فهذا لا يصحّ؛ لأنّ العدد نصٌّ فيما تناوله ولا يحتمل غيره؛ فلا يترفع بالنِّيّة ما ثبت بنصّ اللّفظ؛ فإنّ اللّفظ أقوى من النّيّة فلغت نيّتُهُ[(٣)].

---

(١) انظر: المهذّب ٤٩/٣، والمجموع ٢٠٦/١٨، والمنثور ٦٦/١، ومختصر الخرقي ٤٠١/١٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٦١/٣-١٦٣، وبداية المجتهد ٣٩٨/٢، وعقد الجواهر ٥٣١/٢، والمهذّب ٤٩/٣، والمجموع ١٤٧/١٨-١٤٨، و٢٠٦، والمنثور ٦٥/١-٧٨، وفتح الباري ٣٠٥/٩، والمغنِي ٤٠١/١٠-٤٠٥، و٤٨٦/١٣، والمحلّى ٣١١/٦.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

الضّرب الثّالث: ما يصحّ نطقاً، وإذا نواه دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالى، وذلك مثل: تخصيص العموم، أو تقييد المطلق؛ فإنّه يصحّ لفظاً وتُقْبَلُ نيّتُهُ ديانةً.

مثاله: لو قال: نسائِي طوالقُ، واستثنَى بقلبه: إلاّ فلانةً، أو ينوي: طالقاً من وثاقٍ، قُبل فيما بينه وبين الله -تعالى- وذلك أنّه لا يسقط اللّفظ، بل يستعمله في بعض ما يقتضيه بعمومه، وقد استعمل العموم بإزاء الخصوص كثيراً، فهو سائغٌ في اللّغة، شائعٌ في الكلام، فلا يُمنع من استعماله والتّكلّم به؛فإذا أراد به البعضَ صحّ، ويكون اللّفظ بنيَّته مُنصرفاً إلى ما أراده دون ما لم يُرِدْهُ. ولأنّ النّيّة تعمل في صرف اللّفظ المحتمل إلى أحد مُحتَملاته، فأمّا ما لا يَحتمل كالأعداد فلا[1].

وحالة الإكراه -أيضاً- تدخل في تخصيص العموم؛ فإن ورّى المكرَهُ بأن قال: أردت بقولي: طلقت فاطمة غير زوجتِي، أو نويت الطّلاق من الوثاق، أو نويت في نفسي: إن شاء الله، لم يقع الطّلاق في جميع الصّور[2].

وهذا هو ما عليه المذاهب الفقهية في الجملة، أعنِي: أنّ مجرّد النّيّة لا يكفي في لزوم الاستثناء، وإن كان هناك اختلافٌ في بعض تفاصيلها[3].

ويُلْحظ أنّهم جعلوا اللّفظَ أحدَ مدار انعقاد العقد وصحّته؛ حيث كلّ عقدٍ صحّ قصداً صحّ نطقاً لا العكس. وتوجيه ذلك: أنّ اللّفظ أقوى مِنَ

---

(١) انظر: المراجعة السّابقة.

(٢) انظر: الفروق ١/٣٦، والمنثور ١/٦٨.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٢، وبدائع الصّنائع ٣/٢٤١، و٢٤٣، والهداية ١/٢٥٤، وبداية المجتهد ٢/٣٩٨، والمهذّب ٣/٤٨، و٤٩، والمجموع ١٨/٢٠٥-٢٠٧، و١٩/١٩١، والمنثور ١/٦٥-٦٩، ومختصر الخرقي ١٠/٤٠١، والمغني ١٠/٤٠١-٤٠٥، والمحلّى ٦/٣٠٠، و٣٠٢، و٣١١، و٩/٤٨٤.

النّيّة؛ لأنّ اللّفظ يقع به الطّلاق مِنْ غير نيَّة، والنّيّة لا يقع بها الطّلاق من غير لفظ، فلو أُعْمِلَت النّيّة لرُفِعَ القويّ بالضّعيف، وذلك لا يجوز. ولأنّ دليل الحكم هو اللّفظ فيجب اتّباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه[١].

أمّا الاستثناء العرفي فلا خلاف في سقوط تأثيره بنيّة دون لفظ، فلو قال: أنت طالقٌ، ونوى بقلبه: إن شاء الله، لا ينفعه الاستثناء، ووقع الطّلاق ما لم يكن عذرٌ[٢].

سبب اختلافهم: هل تلزم العقود اللازمة بالنّيّة فقط دون اللّفظ، أو باللّفظ والنّيّة معاً؟[٣].

وبالنّظر إلى التّفاصيل السّابقة يتقرّر القول باعتبار المعاني والمقاصد -النّيّة- واعتبار المباني -مفاد اللّفظ- في العقود، وأنّ الشّريعة بنت العقود على المقاصد والنّيّات، مع اعتبار ما يشمل المقاصد التي تُعَيِّنُهَا القرائنُ اللّفظيةُ التي تُوجَدُ في عقدٍ فتكسبه حكماً آخر كما في انعقاد الكفالة بلفظ الحوالة، أو العكس.

واعتبار ما يشمل المقاصد العرفية المرادة للنّاس في اصطلاح تخاطبهم؛ فإنّها معتبرةٌ في تعيين جهة العقود، فقد صرّح الفقهاء بأنّه يحمل كلام كلّ إنسان على لغته وعرفه في المعاملات وإن خالفت لغة الشّرع وعرفه[٤]، وذلكَ لأنّ الارتباط الذي يتكوّن به العقد هو في الحقيقة

---

(١) انظر: المهذّب ٣/٤٩، والمغني ١٠/٤٠٣، و١٣/٤٨٥-٤٨٦، والمحلّى ٩/٤٥٧-٤٥٩.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٢٤١، المنتقى ٤/٤٥٥-٤٥٧، وبداية المجتهد ٢/٣٩٩، و٣/١٥١، وعقد الجواهر ٢/٣٤٦، و٥٣٢، والمهذّب ٣/٤٩، والمجموع ١٨/٢٠٦، و١٩/١٩١، والمغني ١٠/٤٧٢، والمحلّى ٦/٣١١، و٩/٤٨٤-٤٨٦.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/٣٩٩، والفروق ١/٣٦.

(٤) انظر: صحيح البخاري ٩/٣٠٠، وفتح الباري ٩/٣٠٤، وشرح القواعد للزّرقا =

الارتباط بين إرادَتَي العاقدين الباطنيتين يُسمّيها الفقهاء بالنّيّة في إنشاء العقود، وإنّما يستدلّ على هاتين الإرادَتَين بصيغة العقد من لفظ أو فعلٍ واضحة الدّلالة على الإرادة يتفاهم عليها العاقدان بأيّ لغة كانت، أو التّعبير عن الإرادة بغير اللّفظ؛ كالكتابة، والإشارة، والأفعال، وهذه هي الإرادة الظّاهرة، وعليها التّعويل في إنشاء العقود؛لأنّها تُعَبِّر عن الإرادة الباطنةوتكشفها(١).

بناء هذا؛ فإنّه تشترط مطابقة الإرادتَين: الباطنة –النّية– والظّاهرة – العبارة أو اللّفظ– تماماً حتّى ينشأ العقد ويلزم(٢).

من تطبيقات القاعدة:

١–مَنْ قال لامرأته: يا فلانة، ونوى بذلك طلاقها لا تطلق؛ لأنّ العقود اللازمة لا تلزم بالنّيّة دون اللّفظ،و لم يأتِ بصيغة صريحة،ومَنْ عزم على الظّهار لا يصير مظاهِراً،ومَنْ حدّث نفسه بالقذف لَمْ يُعَدَّ قاذفاً(٣).

٢–مَنْ طلّق امرأته في نفسه لم يلزمه الطّلاق، وكذلك لا يلزم البيع في النّفس، والعتق في النّفس، والمراجعة في النّفس، ونحو ذلك(٤).

=

ص ٥٥، وجمهرة القواعد ١/٥٥٢.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/١٦٣–١٦٥، وأشباه ابن نجيم ص ٢٠٧، والمدخل لدراسة الشّريعة ص ٢٤٣، و٢٤٦–٢٥٦، وشرح القواعد الفقهية ص ٥٥، والمدخل إلى فقه المعاملات ص ٢٠٦.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٣/٣٢٩، والمجموع ٩/١٢١، والمغني ١٠/٤٠٢.

(٣) انظر: فتح الباري ٩/٣٠٥–٣٠٦.

(٤) كلّ هذه العقود لا تلزم بمجرّد نيّة القلب دون اللّفظ.
انظر: المنتقى ٤/٤٥١، و٤٥٥، والمحلّى ٩/٤٥٧.

٣-ولو قال: أنت طالقٌ ووصل به -إن شاء الله- نطقاً لا يقع الطّلاق، ولو نوى الاستثناء بقلبه يقع الطّلاق[١].

٤-ومَن قال لامرأته: أنت طالقٌ، ونوى في نفسه ثلاثاً لا يقع إلا طلقةٌ واحدةٌ[٢].

٥-إذا صدرت العبارة من غير قصدٍ إلى التّلفّظ بها، كما في عبارة النّائم والمجنون والصّبيّ غير المميّز، ففي هذه الحالة لا عبرة بها، ولا ينشأ بها عقد؛ إذ لا إرادة لهؤلاء، وإنّما اعتبرت العبارة لكونها دليلاً مُعَبِّراً عمّا في النّفس؛ فإذا لم تُوجد إرادةٌ باطنةٌ لا تكون لها دلالتها الظّاهرة فينتفي عملها وتُهمل، ولأنّ العقل شرط أهليّة التّصرّف وهو مفقودٌ ههنا، وقد قال ﷺ : ((رفع القلم عن ثلاثة: عن النّائم حتّى يستيقظ، وعن الْمُبْتَلَى حتّى يبرأ، وعن الصَّبيّ حتّى يكبر))[٣].

---

(١) انظر: المنثور ١/٦٦-٦٩.

(٢) انظر: فتح الباري ٩/٣٠٥.

(٣) من حديث عائشة وعليّ بن أبي طالب رضي الله عنهما، أخرجه أبو داود في سننه ٤/٥٥٨-٥٦٠، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدّاً، برقم: (٤٣٩٨-٤٤٠٢)، والتّرمذي في سننه ٤/٢٤، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمَنْ لا يَجب عليه الحدّ، برقم: (١٤٢٣)، والحديث رُوِي مرفوعاً وموقوفاً، وقال التّرمذي فيه: ((والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم)).
وأورده البخاري في صحيحه ٩/٣٠٠ و١٢/١٢٣، تعليقاً وموقوفاً على عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه. وذكر ابن حجر مَن وصله في فتح الباري ٩/٣٠٥ كتاب الطّلاق، وفي ١٢/١٢٤، كتاب المحاربين، ثم قال: ((وهذه طرق تقوّى بعضها ببعض، وقد أطنب النّسائي في تخريجها، ثم قال -النّسائي-:لا يصحّ منها شيء، والمرفوع أولَى بالصّواب. قلت: -ابن حجر-: وللمرفوع شاهدٌ من حديث أبي =

٦-إذا صدرت العبارة من السَّكْرَان -وهو الذي لا يعرف الأرض من السّماء، ولا الرَّجُل من المرأة-؛فإن كان سكره بطريق مباحٍ؛كما لو شرب المسكرَ جهلاً به، أو اضطراراً، أو إكراهاً ففي هذه الحالة لا تعتبر عبارته فلا يعتدّ بتصرّفاته ولا تلزم عقوده؛ فهو كالمجنون في أقواله وأفعاله، فيما بينه وبين النّاس، وفيما بينه وبين الله إلاّ فيما ذهب وقته من الصّلوات؛ فقيل: إنّها لا تسقط بخلاف المجنون[1].

٧- ولكن إذا كان سكره بتناول المسكرَ عن علمٍ به عاصياً، فقد اختلف الفقهاء في اعتبار عبارته؛ فذهب الحنفية والشّافعية وبعض المالكية إلى اعتبارها وانعقاد العقد بها عقوبةً له وزجراً، وهو أيضاً قول جمهور الفقهاء في الطّلاق والعتق[2].

وذهب المالكية والظّاهرية وبعض الحنفية وقولٌ للشّافعية والحنابلة في روايةٍ إلى إهدارها وعدم الاعتداد بها فلا تلزمه العقود؛ لأنّ السَّكْرَان لا

=

إدريس الخولاني -وساقه-)).
وصحّحه الألباني في إرواء الغليل ٤/٢، والجامع الصّغير وزياداته برقم: (٥٨٢٦)، وصحيح سنن ابن ماجه برقم: (١٦٦٠)، وانظر: المحلّى ٦٦/١، هامش (١)، ومجمع الزّوائد ٢٥١/٦.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٥٩/٣، والبيان والتّحصيل ٢٥٧/٤-٢٥٩، وجامع الأمهات ص ٢٩٣، والمجموع ١٤٤/١٨، وفتح الباري ٣٠٠/٩-٣٠٦، ومختصر الخرقي ٣٤٦/١٠، والمغني ٣٤٦/١٠-٣٤٨، والمحلّى ٣٠٨/٦، و٤٧١/٩-٤٧٦.

(٢) انظر: الهداية ٢٣٠/١، وبدائع الصّنائع ١٥٨/٣، والبيان والتّحصيل ٢٥٧/٤، وبداية المجتهد ١٥٦/٣، وعقد الجواهر ٥٠٨/٢، وجامع الأمّهات ص ٢٩٣، والمهذّب ٢١/٣-٢٢، والمجموع ١٤٤/١٨-١٤٦، و١٤٨، و٢٠٦، وفتح الباري ٣٠١/٩-٣٠٦،ومختصر الخرقي٣٤٦/١٠،والمغني٣٤٦/١٠،والمحلّى٤٧١/٩-٤٧٦.

قصد له؛ فلا تكون عبارتُهُ معبِّرةً عن إرادة؛ فتهمل وتعتبر لغواً لا قيمة لها؛ لأنّه زائل العقل، والعقل من شرائط أهليّة التّصرّف فلا يلزمه شيءٌ من ذلك، ولذا لا يقع طلاق المجنون والصّبيّ الذي لا يعقل(١).

٨- إذا صدرت العبارةُ مع قصد التّلفّظ بها من غير فهمٍ لمعناها؛ كما لو لُقِّنَ أعجميٌّ عبارةً باللّغة العربية تفيد الإيجاب؛ فقال: الآخر ما يفيد القبول؛ ففي هذه الحالة لا تكون لعبارة الأعجميّ قيمةٌ ولا تُعدُّ إيجاباً؛ إذ ليس وراءها إرادةٌ تُعبِّر عنها، فلا يعتدّ بها ولا ينعقد بها عقدٌ ولا تصرّفٌ(٢).

---

(١) ولعلّ هذا القول هو الرّاجح، وليس فعْلُهُ مَعْصيةَ الشُّرْب هو المسقطُ، وإنّما أُسْقطَ عنه حكم الصّاحي العاقل، ووجه ذلك أنّ الله تعالى بيّن في قوله: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ ﴾، [سورة النّساء، الآية: ٤٣]، أنّ السَّكْرَان لا يعلم ما يقول، فَمَنْ أخبر الله تعالى أنّه لا يدري ما يقول فلا يحلّ أن يُلْزِمَ شيئاً من الأحكام، لا طلاقاً ولا غيره؛ لأنّه غير مخاطبٍ؛ إذ ليس من ذوي الألباب.
أمّا قول مَنْ قال: يُؤْخَذُ بسكره إنْ كان عَاصياً بحجّة أنّه لو سقط عنه الحدّ؛ لكان مَنْ شاء قَتْلَ عَدُوِّه تحامق، ومَنْ يدري أنّه أحمق؟
يجاب عنه بأنّه: لا يخفى السَّكران من المتساكر، ولا الأحمق من المتحامق. والله تعالى أعلم.
انظر: القولين وأدلّتهما في: وبدائع الصّنائع ١٥٨/٣-١٥٩، والهداية ٢٣٠/١، وأشبان ابن نجيم ص ٣١٠-٣١١، والبيان والتّحصيل ٢٥٧/٤-٢٦٠، وبداية المجتهد ١٥٦/٣، وعقد الجواهر ٥٠٨/٢، والمهذّب ٢١/٣، والمجموع ١٤٤/١٨-١٤٦، وفتح الباري ٣٠١/٩-٣٠٦، ومختصر الخرقي ٣٤٦/١٠، والمغني ٣٤٦/١٠-٣٤٨، وزاد المعاد ٢٠٢/٢-٢٠٣، وإعلام الموقّعين ٤٠/٤-٤٢، والمحلّى ٣٠٨/٦، و٤٧٢/٩-٤٧٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٣/٣، وعقد الجواهر ٥١٨/٢، والمجموع ١٤٩/١٨، وأشباه السّبكي ٨٠/٢، والمحلّى ٤٥٥/٩، والمدخل لدراسة الشّريعة ص ٢٥٣.

٩- إذا صدرت العبارة مع قصد التّلفّظ بها وفهم معناها، ولكن من غير قصدٍ لإنشاء عقد بها، وإنّما لغرضٍ آخر؛ كالحفظ والتّعليم والحاكي، ففي هذه الحالة تُهمل هذه العبارة ولا يلزم بها أيّ تصرّف(١). كما لو مثّل مدرِّسٌ لعقد بيعٍ بقوله: بعتُكَ سيارتِي -وله سيارة-، وقال التّلميذ: اشتريتُ؛ فإنّ البيع لا ينعقد لعدم وجود النّيّة مع اللّفظ.

١٠-صدور العبارة خطأً أو نسياناً، أي: من غير قصد التّلفّظ بها ولا إرادة معناها؛ إذ الخطأ والنّسيان؛ وقوع الشّيء على غير إرادة مَنْ وقع منه؛ كما لو أراد رجلٌ أن يقول لزوجته: أنتِ طالعةٌ، فجرى على لسانه من غير قصد منه: أنت طالقةٌ، ففي هذه الحالة تهمل العبارة وتعدُّ لغواً ولا يلزم الطّلاق؛ لأنّ اللّفظ إنّما اعتبر لدلالته على قصد المتكلّم وإرادته لمعناه وموجبه؛ فإذا انتفى هذا القصد كان الكلام لغواً لا قيمة له(٢). ويدلّ على هذا قوله ﷺ: «إنّ الله تجاوز لأمّتي الخطأ والنّسيان وما استكرهوا عليه»(٣).

وسوّى الحنفية بين القاصد والمكره والنّاسي في الأيمان والطّلاق، فتعتبر يمين المكرَه والنّاسي كالقاصد(٤).

١١-صدور العبارة على سبيل الهزل، بمعنَى أنّ الشّخص يتكلّم بالعبارة قاصداً التّلفّظ بها من غير إرادة إنشاء عقدٍ بها؛ فالهازل يتكلّم بكلامٍ

---

(١) انظر: فتح الباري ٣٠١/٩، والمحلّى ٤٦٦/٩، والمدخل لدراسة الشّريعة ص ٢٥٣.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٥١٨/٢، وجامع الأمّهات ص ٢٩٥، وفتح الباري ٣٠١/٩-٣٠٢-٣٠٦، و٥٥٨/١١-٥٦١، والمحلّى ٤٥٩/٩-٤٦٠، والمدخل لدراسة الشّريعة ص ٢٥٣.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة: [٣] في فقرة شرح مفردات القاعدة.

(٤) انظر: الهداية ٧٢/٢، وفتح الباري ٣٠٢/٩.

باختياره وهو عالمٌ بمعناه من غير قصد لموجبه، أي: من غير إرادة الحكم المترتّب عليه، وقد اختلف الفقهاء في صحّة عبارة الهازل:

فذهب المالكية والشّافعية والحنابلة في المذهب إلى صحّتها وانعقاد العقد بها في التّصرّفات التي لا يبطلها الهزل وهي: النّكاح والطّلاق والرّجعة والعتاق؛ فهذا يقع بمُجرَّد صدوره؛ لأنّه من باب ترتيب الأحكام على أسبابها، وذلك لقوله ﷺ: «ثلاث جدُّهنّ جدٌّ، وهزلُهُنَّ جدٌّ: النّكاح والطّلاق، والرّجعة»(١)، وأيضاً تأكيدٌ لأمر الفروج واحتياطٌ له، ويشهد له قوله -تعالى-: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا﴾(٢)؛ حيث نهى الله تعالى -في سياق ذكره لأحكام الطّلاق- عن اتّخاذ أحكامه في طريق الهزء؛ فإنّها جدٌّ كلّها، فمَن هزأ بها لَزِمَتْهُ(٣)، فما عدا هذه التّصرّفات من سائر العقود؛ فإنّها تبطل بالهزل ولا تنعقد بعبارة الهازل لعدم وجود النّيّة مع اللّفظ(٤).

وذهب الحنفية وبعض المالكية وقول للشّافعية والحنابلة في رواية إلى صحّة عبارة الهازل وانعقاد جميع العقود بها قياساً على صحّة عبارته في العقود والتّصرّفات التي لا يبطلها الهزل(٥).

---

(١) تقدّم تخريجه في القاعدة: [١٨] الدّليل (٤) من أدلّة الأسباب القهرية.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣١.

(٣) انظر: أحكام ابن العربي ١/٢٧٠، وتفسير القرطبي ٣/١٤٩-١٥٠.

(٤) انظر: معالم السّنن ٢/٦٤٤، وعارضة الأحوذي ٥/١٥٧، وبداية المجتهد ٣/١٥٢، وجامع الأمّهات ص ٢٩٥، تفسير القرطبي ٣/١٥٠، والمجموع ٩/١٢٤، و١٨/١٤٨، وإعلام الموقّعين ص ٦٨٥-٦٨٧، والإنصاف ٤/٢٦٦، و٧/٣٩٦، و٨/٤٦٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٢.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٣/١٦٠، و٤/٣٨٩، و٦/١٩٤، والهداية ١/٢٢٩-٢٣٠، =

ولعلّ القول بالتّفريق بين النّوعين هو الرّاجح، والله -تعالى- أعلم وذلك لما يأتي:

أوّلاً: للنّصّ الصّحيح الصّريح الوارد في التّفريق بينهما ذلك.

ثانياً: ولأنّ في التّصرّفات المستثناة حقّاً لله تعالى، وما كان كذلك لا يجوز أن يهزل فيه؛ فإذا جاء بالعبارة التي من شأنها إفادة إنشاء هذه التّصرّفات؛ نشأ التّصرّف وثبت الحكم، وإن لم يقصده؛ لأنّ الإنسان لا يجوز له أن يهزل مع ربّه ولا بآياته.

بخلاف التّصرّفات المالية التي هي محض حقّ العباد؛ فإنّها تفسد بالهزل ولا يثبت بها حكمٌ ولا ينعقد بها عقدٌ؛ لعدم قصد الهازل بعبارته إنشاء عقد؛ لأنّه تكلّم بصيغة العقد لا على قصد الحقيقة على قصد الهزل، والهزل يمنع جواز العقد؛ لأنّه يعدم الرّضا بمباشرة السّبب، فلم يكن هذا عقداً منعقداً في حقّ الحكم[1].

ثالثاً: ولأنّ الإنسان قد يهزل مع غيره فلا يثبت الحكم ولا ينعقد العقد بغير قصده ورضاه.

١٢- صدور العبارة بالإكراه من غير قصد، والإكراه هو: حمل الغير على أمرٍ يمتنع عنه بتهديده بأذى لا يحتمله، ويقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به[2]. وعبارة المكره -إذا ما توافرت شروط الإكراه- لا

=

وأشباه ابن نجيم ص ٥٠، و٢٠٨، وعقد الجواهر ٥١٨/٢، وجامع الأمّهات ص ٢٩٥، والمجموع ١٢٤/٩، والإنصاف ٢٦٦/٤، و٣٩٦/٧، و٤٦٥/٨، وأعلام الموقّعين ص ٦٨٥-٦٨٧.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٩/٤.

(٢) انظر: الهداية ٢٧٥/٣، وأشباه ابن نجيم ص ٢٠٨، و٢٨٢، وبداية المجتهد

=

قيمة لها عند المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية؛ فلا تنعقد بها تصرّفاته القوليّة؛ إنشائيّةً كانت أو إقراريّةً[1]. وبه قال الحنفية في تصرّفات المكره الإقراريّة[2]؛وذلك لأنّها لم تصدر عن قصدٍ صحيحٍ وإرادةٍ سليمة، وإنّما صدر بقصد دفع الأذى عن قائلها.

وذهب الحنفية في تصرّفات المكره الشّرعية الإنشائيّة مذهب التّفصيل، وفصّلوا بين ما لا يحتمل الفسخ من الإنشاءات وما يحتمل الفسخ منها.

وأمّا الذي لا يحتمل الفسخ؛ فالطّلاق والعتاق والرّجعة والنّكاح واليمين والنّذر والظّهار والإيلاء والفيء في الإيلاء والتّدبير والعفو عن القصاص؛ فهذه التّصرّفات جائزة مع الإكراه عندهم. قالوا: لا نسلّم أن الطّلاق والعتاق وكلّ تصرّفٍ قوليٍّ مُسْتَكْرَهٌ عليه؛ لأنّ الإكراه لا يعمل على الأقوال كما يعمل على الاعتقادات؛ لأنّ أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقده بقلبه جبراً، فكان متكلّماً مختاراً فيما يتكلّم به؛ فلا يكون مستكرهاً عليه حقيقةً فلا يتناوله الحديث[3].

=

١٥٥/٣، وعقد الجواهر ٥١٩/٢، والمجموع ١٤٨/١٨، وفتح الباري ٣٢٦/١٢، ومختصر الخرقي ٣٥١/١٠، والمغني ٣٥١/١٠-٣٥٣، والمدخل لدراسة الشّريعة ص ٢٥٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٦٦.

(١) انظر: صحيح البخاري ٣٢٦/١٢، وبداية المجتهد ١٥٥/٣، وعقدالجواهر ٥١٩/٢، وجامع الأمّهات ص ٢٩٥، والمهذّب ٢١/٣، وفتح الباري ٣٠١/٩-٣٠٦، و٥٥٨/١١-٥٦١، و٣٢٦/١٢-٣٣٠،ومختصر الخرقي ٣٤٥/١٠، و٣٥٠، والمغني ٣٤٥/١٠، و٣٥٠-٣٥١، والمحلّى ٢٠٣/٧-٢١٢، و٤٦٢/٩-٤٦٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٠٥/٦.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢٢٩، وبدائع الصّنائع ١٩٣/٦-١٩٤، و٢٠٠-

=

أمّا التّصرّفات الإنشائيّة التي تحتمل الفسخ؛ فالبيع والشّراء والهبة والإجازة ونحوها؛ فالإكراه يوجب فسادها فلا تعدُّ صحيحةً، ولا تترتّب عليها آثارها في الحال، ولكن إذا أجازها المكرَه بعد زوال الإكراه ترتّبت عليها آثارها[١].

ولعلّ قول الجمهور هو الرّاجح، وذلك لحديث رفع المؤاخذة عن المكرَه[٢]، وجواب الحنفية عنه بأنّ المراد منه الإكراه على الكفر؛ لأنّ القوم كانوا حديثي الإسلام، وكان الإكراه على الكفر ظاهراً يومئذ، وكان يجري على ألسنتهم كلمات الكفر خطأ وسهواً؛فعفا الله جلّ جلاله عن ذلك. وهذا التّخصيص غير مُسلَّمٍ له؛ لأنّ العبرة بعموم اللّفظ لا بخصوص السّبب؛ ويعني ذلك: أنّ عموم اللّفظ مقدَّمٌ على خصوص السّبب[٣].

تنبيه: الإكراه إذا كان بِحقٍّ لازمٍ له في حال طواعيته؛ فإنّه يصحّ مع الإكراه، وما لا فلا، فعلى هذا؛ يصحّ إكراه الإمام بعض المكلَّفين للقيام بفرض الكفاية ويقع موقعه[٤].

ويصحّ إكراه الحربي على الإسلام لا العكس، ولا يصحّ إكراه

=

٢٠٥، والهداية ٢/٧٢، و٣/٢٧٥-٢٧٦، وأشباه ابن نجيم ص ٢٠٨، و٢٨٢، والمدخل لدراسة الشّريعة ص ٢٥٤.

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة: [٣] في فقرة شرح مفردات القاعدة.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٣/١٥٥-١٥٦، والمغني ١٠/٣٤٦، و٣٥٠-٣٥١، وإعلام الموقّعين ص ٦٦٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٩٨، وفتح الباري ١/٢٥.

(٤) انظر: المهذّب ٣/٢٢، والمنثور ٢/٩٩، والمغني ١٠/٣٥١.

الذِّمّيّ على الإسلام على الأصحّ؛ لأنّه يقرّ على كفره بالجزية[(١)].

ويصحّ إكراه الحاكم المولِي على الطّلاق فيقع طلاقه؛ لأنّه قولٌ حُمِل عليه بحقٍّ، فصحّ كالحربي إذا أُكْرِه على الإسلام[(٢)].

---

(١) انظر: المهذّب ٣/٢٢، والمنثور ٢/٩٦، و٩٩-١٠٠، والمغنِي ١/٣٥١.

(٢) انظر: المهذّب ٣/٢٢، والمغنِي ١٠/٣٥١.

المبحث الثّاني: القاعدة الثّانية والثّلاثون [٣٢]

[قبضُ الأوائل من الأثمان يَقُومُ مَقَامَ قَبْضِ الأواخر]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن المسائل المسكوت عنها في باب البيوع دليلاً لأحد الأقوال؛ حيث قال: «ومن هذا الباب -أي: بيع الأعيان إلى أجلٍ- ما كان يرى ابن القاسم: أنّه لا يَجوز أن يأخذ الرّجلُ مِنْ غريمه -في دَينٍ له عليه- تَمراً قد بدا صلاحه، ويراه من باب الدَّين بالدَّين.

وكان أشهب يُجيز ذلك[١]، ويقول: إنّما الدَّين بالدَّين ما لَمْ يُشْرَع في قبض شيءٍ منه، أعنِي: أنّه كان يرى أنّ: **قَبْضَ الأوائل من الأثْمَان يَقُومُ مَقَامَ قَبْضِ الأواخر**، وهو القياس عند كثير من المالكيّين، وهو قول الشّافعية[٢] وأبي حنيفة[٣]»[٤].

---

(١) وهو الصّحيح؛ لأنّ البيع بيعٌ صحيحٌ؛ حيث اتّفق الفقهاء على جواز بيع الثّمر بعد بدوّ صلاحه في الجملة، وقبض البائع قبضٌ صحيحٌ باعتبار القبض السّابق.
انظر: مختصر القدوري ص ٨٣، والهداية ٤٢/٣، ورسالة القيرواني ص ٢١٧، والتّلقين ص ٣٧٢، والمعونة ٩٧٣/٢، و١٠٠٦، و١٠٣٨، والمقدّمات ٢٥/٢، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٣٩/٢، وتهذيب الفروق ٢٧٣/٣، وإجماع ابن المنذر ص ٥٢، ف (٤٧٥)، والمغنِي ١٣٥/٦، و١٥٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٩١/١٢.

(٢) انظر: المهذّب ٤٠٩/٢، و٤٢٦.

(٣) وقول الحنابلة.
انظر: مختصر القدوري ص ١٠٤-١٠٥، وبدائع الصّنائع ٦٥/٤، و٦٨، و٣٨٣، و٣٩٩، و٤٣٣، والهداية٣/٢٣٢-٢٣٣، والإنصاف١٢/١٠٥-١٠٦، و١٩١.

(٤) بداية المجتهد ٣٠٢/٣.

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها في كتب أهل العلم بصيغة قريبة وبخاصة المالكية[(١)]، أو مفادها، أمّا الصّيغة القريبة فمنها:

ما جاء في الذّخيرة: «قبض الأوائل كقبض الأواخر بالجملة»[(٢)].

وأمّا مفادها فمنها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «ومَن استأجر داراً فللمؤجِّر أن يطالبه بأجرة كلّ يومٍ؛ لأنّه استوفَى منفعةً مقصودةً، إلاّ أن يُبَيِّن وقت الاستحقاق بالعقد؛ لأنّه بمَنْزلة التّأجيل، وكذلك إجارة[(٣)] الأراضي لِمَا بيّنا، ومَن استأجر بعيراً إلى مكّة فللجمال أن يطالبه بأجرة كلٍ مرحلةٍ؛ لأنّ سير كلّ مرحلة مقصودٌ»[(٤)]، بناء على أنّ قبض الأوائل قبضٌ للأواخر.

ما جاء في الذّخيرة: «يجوز تأخير الثّمن إذا شَرَعَ في أخذ الْمثمن؛ كالسَّلَم في الخبز والفواكه؛ تَنْزيلاً لقبض البعض مَنْزلة قبض الكلّ فليس دَيناً بدَينٍ، نظيره:

---

(١) انظر: تطبيقات قواعد الفقه ق (٨٨)، ص ٣١٧.

(٢) الذّخيرة للقرافي ٣٨٧/٥، و٤١٧، وانظر: التّاج والإكليل ٥٥١/٧، وتهذيب الفروق ٢٧٣/٣.

(٣) الإجارة هي بيع المنفعة، وهي على نوعين: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال، والمنافع مثل: سكنَى الدّار، وزراعة الأرض، وركوب الدّابة أو السّيارة، ونحوه، والأعمال مثل: الخيّاطة والقصارة والبناء ونحوها، وقد يقام فيه تسليم النّفس مقام الاستيفاء كما في الأجير الخاص.
انظر: بدائع الصّنائع٤/١٦-١٧، و١٨، و٦٢، و٣٣١، و٣٩٥، والمعونة ١٠٨٨/٢، والمهذّب ٣٩٤/٢، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦٢/١٤، والإنصاف ٢٥٩/١٤.

(٤) الهداية للمرغيناني ٢٣٢/٣-٢٣٣، و٢٣٨-٢٣٩، وانظر: مختصر القدوري ص ١٠٣-١٠٥، وبدائع الصّنائع ٦٣/٤-٦٥، والهداية ٢٣٣/٣.

قبض أوائل المنافع المأخوذة في الدّيون وكذلك جملة الإجارات»[١].

وفيه: «الشّروع في القبض كقبض الجملة»[٢].

ما جاء في المهذّب: «إن كان على عملٍ مُعَيَّنٍ لَم يجز إلاّ في الوقت الذي يُمكن الشّروع فيه في العمل؛ لأنّ إجارة العين كبيع العين، وبيع العين لا يجوز إلاّ على ما يمكن الشّروع في قبضها، فكذلك الإجارة»[٣]، فجعل الشّروع في العمل قبضاً مبيحاً للعقد.

ما جاء في تقرير القواعد: «الأجير يجب دفع الأجرة إليه إذا شَرَعَ في العمل؛ لأنّه قد سلّم نفسه لاستيفاء المنفعة، فهو كتسليم الدّار المؤجَّرة»[٤].

ما جاء في الإنصاف: «فائدة: يَجوز لمُشتريه -الحبّ بعد اشتداده- أن يبيعه قبل جدِّه على الصّحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب؛ لأنّه وُجِدَ من القبض ما يُمْكن، فَكَفَى»[٥].

وهذه القاعدة نظيرة القاعدة الأصولية: (الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها).

قال في مراقي السّعود[٦]:

والأخذُ بالأوّل لا بالآخرِ مُرَجَّحٌ في مقتضى الأوامر

جاء في نثر الورود: «هذه الأبيات تشير إلى القاعدة الْمُسَمَّاة بـ:

---

(١) الذّخيرة للقرافي٥/٢٢٩، وانظر:التّفريع لابن الجلاب٢/١٣٧،والذّخيرة ٥/٣٨٧.

(٢) الذّخيرة للقرافي ٥/٤١٧.

(٣) المهذّب للشّيرازي ٢/٤٠٩، وانظر: مختصر الخرقي ٦/٤١٩.

(٤) قواعد ابن رجب ق (٤٨) ص ٢١٨.

(٥) الإنصاف للمرداوي ١٢/١٩١.

(٦) مراقي السّعود ص ٢١٧، ف (٣١٣).

(الأخذُ بأوائل الأشياء أو بأواخرها)، ومعناها: أنّه إذا علّق الحكمُ على معنًى كلّيٍّ له محاملُ كثيرةٌ، وجزءيّاتٌ متباينةٌ في الكثرة والقلّة، والْمشقّة والْخفّة،هل يقتصر بذلك الحكم على أدنَى المراتب لتحقّق الْمُسَمَّى بجملته فيه، أو يُسلَكُ فيه طريق الاحتياط فيقصد في ذلك المعنَى الكلّيّ أعلى المراتب؟ فهذا موضع الخلاف.

ومثاله: الأمر بالطّمأنينة في الصّلاة، فهل يكفي بأدنَى رتبةً تُسَمَّى طُمأنينة، أو يقصد أعلاها للاحتياط؟، وكذلك الأمر بتخليل الشّعر، وإنقاء البشرة؛ فإنّه يقتضي الدّلْكَ للعضو، فهل يقتصر على أدنَى رتبةٍ يصدق عليها الدَّلك أو لا بدّ من أعلاها للاحتياط؟

ومنشأ الخلاف في المسألة: أنّها تجاذبها أصلان: الأوّل: أنّ الأمر دالٌّ على الوجوب، والثّاني: أنّ الأصل براءة الذّمة.

وأشار المؤلّف[1] إلى أنّ الأخذ بالأوّائل مُرَجَّحٌ في مقتضى الأوامر، أي: أنّ مقتضى الأوامر الاقتصار على أوّل المأمور به، وأنّ ما زاد على ذلك إمّا ساقطٌ أو مستحبٌّ...

الخلاف محلّه في معنًى كلّيٍّ له جزءيّاتٌ، وتلك الجزئيات متفاوتةٌ في الشّدّة والْخفّة، وليس الخلاف في إجراء أحكام الجزءيّات على الأجـزاء؛ إذ لا خلافَ أنّ الكلّ لا يقتصر به على جزئه فلا تُجزئ ركعةٌ عن ركعتين في الصّبح، ولا جزء من رمضان؛ لأنّ الجزء لا يستلزم الكلّ، والجزئيّ يستلزم الكلّيَّ))[2].

---

(١) يشير إلى عبد الله العلوي (ت: ١٢٣٠هـ)، صاحب مراقي السّعود.

(٢) نثر الورود للشّيخ محمّد الأمين الشّنقيطيّ ص ٢١٧.

قال في الجامع لأحكام القرآن في مسألة ما يكفي من النّكاح في قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[(١)]، وما الذي يبيح التّحليل، وذكر ثلاثة تأويلاتٍ:

الأوّل: مُجرّد العقد كاف.

الثّاني: لا يكفي مُجرّد الوطء حتّى يكون الإنزال.

الثّالث: أنّ الوطء كاف في ذلك، وهو التقاء الختانين الذي يوجب الحدّ والغسل، ويفسد الصّوم والحجّ، ويُحصن الزّوجين، ويوجب كمال الصّداق[(٢)].

فإنْ قيل: إنّ الحكم يتعلّق بأوائل الأسماء لزم التّأويل الأوّل، وإنْ قيل: إنّ الحكم يتعلّق بأواخر الأسماء لزم القول باشتراط الإنزال مع مغيب الحشفة في الإحلال؛ لأنّه آخر ذوق العُسَيلة على التّأويل الثّاني[(٣)].

شرح مفردات القاعدة:

الأوائل: جمع أوّلٍ، وهو مفتتح العدد، وهو الذي له ثانٍ، ويكون بِمعنَى الواحد[(٤)].

الأثْمان: جمع ثَمَنٍ، وهو: اسمٌ لما يأخذه البائعُ في مقابلة الْمَبِيع عيناً كان أو سِلْعَةً، وكلّ ما يحصل عوضاً عن شيءٍ فهو ثَمَنُهُ[(٥)].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٢) والتّأويل الأوّل لسعيد بن المسيب، والثّاني للحسن بن أبي الحسن، والثّالث للجمهور من العلماء والكافّة من الفقهاء.
انظر: رسالة القيرواني ص ٨٥، وتفسير القرطبي ٣/ ١٤١.

(٣) انظر:تفسير القرطبي٣/١٤١، وانظر:إجماع ابن المنذر ص٤٥،ف(٤١١)،وأحكام ابن العربي١/٢٦٨.

(٤) انظر: المفردات ص ٤٠، والمصباح المنير ص ١٢.

(٥) انظر: المفردات ص٨٨، والمصباح المنير ص٣٣، وفتح الباري ٥/١٨٢، والمغني ٦/٤٥٧.

وجاء تعريفه في معجم لغة الفقهاء بأنّه: «قيمة الشّيء وسعره الذي تَمَّ التّراضي عليه، فهو أعمّ من القيمة التي هي السّعر الحقيقيّ الذي يُقَوّمُهُ بها المقوِّمون، أو هو:

ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلّق بالذّمّة»[١].

والأجرة والأجر في باب الإجارات هي: البدل المقابل للمنفعة في الإجارة، وهو معتبرٌ بالثّمن في باب البياعات؛ لأنّ كلّ واحدٍ من العقدين معاوضة المال بالمال،فما يصلح ثَمَناً في البياعات يصلح أجرةً في الإجارات، وما لا فلا، فيشترط أن تكون الأجرة مالاً متقوّماً معلوماً[٢].

قال في بدائع الصّنائع: «المنافع في باب الإجارة كالمبيع في باب البيع، والأجرة في الإجارات كالثّمن في البياعات؛ وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثّمن،فكذا للمؤاجِرحبس المنافع إلى أن يستوفي الأجرةالمعجَّلة»[٣].

ويطلق أيضاً على المبيع وعلى الأجرة والمنافع في الإجارة[٤].

الأواخر: جمع آخر، وهو أحد الشّيئين، ويقابل به الأوّل[٥].

---

(١) معجم لغة الفقهاء ص ١٣٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٧، والمعونة ٢/١٠٩٢-١٠٩٧، والمهذّب ٢/٤٠٦-٤٠٩، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٧٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢١.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٦١.

(٤) انظر:بدائع الصّنائع٤/٤٧،و٤٨٦-٤٨٧،والمقدّمات٢/٧٥،وبدايةالمجتهد٣/٢٣٦.

(٥) انظر: والمفردات ص ٢٣، والمصباح المنير ص ٣.

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلّق بالقبض في المعاملات، والقبض حكمٌ من أحكام العقود، وحقٌّ من حقوقها، وفرعٌ على الملك وتابعٌ له، سواء عقود المعاوضات والتّمليكات؛ كالبيوع والإجارات والشّركات، أو عقود التّبرعات كالهبة والعارية والوقف، أو عقود التّوثيقات كالرّهن والكفالة والضّمان(١).

والمقبوض إمّا أن يكون منقولاً أو محوّلاً، أو غير منقول ولا مُحَوَّل؛ كالعقار، وكلّ من ذلك إمّا أن يمكن قبضه دفعةً واحدةً، أو ما يُقْبَض بالتّدرّج.

أمّا كيفية قبض المنقولات وغير المنقولات فلأهل العلم فيها كلامٌ(٢)، وسوف تأتي في موضعها في القاعدة التّاسعة والثّلاثين إن شاء الله تعالى.

وأمّا ما لا يُمكن قبضه دفعةً واحدةً بل بالتّدرّج فهو موضوع هذه القاعدة، كما لو اكترى الإنسان داراً مُدَّةً مُعَيَّنةً من الزّمن كالشّهر مثلاً؛ فإنّ قَبْضَ المنفعة التي هي سُكنَى الدّار يعتبر ابتداء المدّة فيها ممّا سُمِّي أو حسب اتّفاقهم، وإنْ لَم يكن هناك شيءٌ مُسَمًّى فهو من الوقت الذي استأجره؛ لأنّ الأوقات في حقّ الإجارة على السّواء، ولا يتأتّى للمكتري قبض سُكنَى الشّهر مرّةً واحدةً، وإنّما يقبض شيئاً فشيئاً، يوماً بعد يومٍ، فالعوض الذي هذا شأنه هل يُعَدُّ الجزء الأوّل منه في حكم قبض جميعه؟

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢٢/٤، و٤٧، و٦٢-٦٣، و٥٦٣-٥٦٧، والتّفريع ١٣٧/٢، والمعونة ٩٧٤/٢، والتّلقين ص ٤٠٠، والذّخيرة ٢٢٩/٥، وقواعد ابن رجب ص ٥٠٦، ق (١٠٥).

(٢) انظر مثلاً: شرح منتهى الإرادات ٢٩٢/٣.

فيقال: إنّ المكتري قبض المنفعة كاملاً في اليوم الأوّل؛ لأنّه سَكَنَ يوماً في الدّار؛ فكأنّه استلم منافع الدّار كلّها إلى آخر الشّهر إذا كان العقد بالمشاهرة عملاً بالقاعدة القاضية بأنّ قبض الأوائل من الأثْمان يقوم مقام قبض الأواخر؛ وأنّ الشّروع في القبض كقبض الجملة؛ لأنّ المنافع لا تتقوّم بنفسها بل بالعقد[1]، أم يقال: لم يقبضها بعدُ؛ لأنّ قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر؟

والقبض هنا هو: تسليم المستأجر في إجارة المنازل ونحوها إذا كان العقد مطلقاً عن شرط التّعجيل، بأن لَم يشرط تعجيل الأجرة في العقد، ولم يوجد العرف يقتضي بذلك، والمراد بالتّسليم: التّخلية والتّمكين من الانتفاع برفع الموانع في إجارة المنازل ونحوها[2].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

القاعدة كما تقدّم في فقرة توثيقها، لم أجدها منصوصاً عليها إلاّ عند المالكية، وهي -أيضاً- ليست محلّ الاتّفاق بل هي على قولين عندهم، والقول بها هو منصوص المذهب، وجعل بعضهم عكسه هو المشهور[3]، وهو منقولٌ عن بعض أهل العلم، قال في شرح منتهى

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٠٣، وبدائع الصّنائع ٢٣/٤، و٢٧، و٦٣، والهداية ٢٣١/٣-٢٣٣، والمعونة ١٠٩٢/٢، والتّلقين ص ٤٠٠، و٤٠٢، وبداية المجتهد ٤٣٥/٣، وعقد الجواهر ٩٢٥/٣، والذّخيرة٢٢٩/٥، و٤١٧،والمقنع والشّرح الكبيروالإنصاف٣٠٤/١٤-٣٠٧، و٥٠٥، و٥٠٥-٥١١.

(٢) ومنع الظّاهرية اشتراط تعجيل الأجرة.
انظر: بدائع الصّنائع٢٣/٤،و٣٤،و٦٢-٦٣،والتّلقين ص٤٠٠، والمعونة ١٠٩٢/٢-١٠٩٣والمهذّب٤٠٦/٢والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٥٠٥/١٤ والمحلّى٤/٧.

(٣) انظر: تطبيقات القواعد ص ٣١٧-٣١٩.

الإرادات: «لا يُمكن قبضُ البعض إلاّ بقبض الكلّ»[(١)].

ولا خلاف بين أهل العلم قاطبةً أنّ ما يشترط فيه القبض في مجلس العقد لا يقوم قبض الأوائل من الأثمان فيه مقام قبض الأواخر[(٢)].

وكذلك لا خلاف بينهم أنّ قبض الأوائل ليس قبض الأواخر في إجارة الذّمة؛ بحيث يكون المعقود عليه العمل من الأجير المشترك وهو الذي لا يستحقّ الأجرة حتّى يعمل؛ كالصّباغ والقصّار والخيّاط[(٣)]؛ فليس للخيّاط أن يطالب بالأجرة حتّى يفرغ من العمل، وكذلك البنّاء؛ لأنّ العمل في البعض غير منتفعٍ به فلا يستوجب الأجر به، ولأنّ العمل لا يصير مُسَلَّماً إلى المستأجر إلاّ بعد الفراغ منه حتّى لا يملك الأجير المطالبة بالأجرة قبل الفراغ إذا كان المعمول فيه في يد الأجير، وكذلك مثل الخبّاز إذا استأجره الإنسان ليخبز له في بيته قفيزاً[(٤)]، من دقيق بدرهمٍ لم

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٢٤٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٥٤، و٤٥٩، و٤٨٧-٤٨٩، والمعونة ٢/٩٧٣، و١٠٠٦، والمغني ٦/٤٠٨، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٢/١٠٦-١٠٩، والمحلّى ٧/٤٨٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٢، و٦٢-٦٣، و٦٥، و٧٢، و٧٥، والهداية ٣/٢٣٣، و٢٤٢، و٢٤٤، و٢٤٥، والتّلقين ص ٤٠٠-٤٠١، والمعونة ٢/١٠٩٢، والمهذّب ٢/٣٩٦، و٤٣١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٤/٣١٧، و٣٥١-٣٥٥، و٣٦٣، و٣٧٥، و٥٠٨-٥١١.

(٤) القَفيز: مكيالٌ معروفٌ، جمعه: أَقْفِزَةٌ، وقُفْزَانٌ، وهو مكيالٌ يختلف باختلاف البلاد، وأصله مكيالٌ يسع اثني عشرة صاعاً، والصّاع خمسة أرطال وثلث بالبغدادي، وهو ١٢ صاعاً، ويساوي عند الحنفية: ٤٠,٣٤٤ لتراً=٣٩١٣٨غم من القمح، وعند غيرهم: ٣٢,٩٧٦ لتراً=٢٦٠٦٤غم. انظر: المجموع ٩/٢٠٩، =

يستحقّ الأجر حتّى يخرج الخبز من التّنور؛ لأنّ تمام العمل بالإخراج، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل تمام العمل والتّسليم، ما لم يكن عرفٌ سائدٌ يقضي بخلاف ذلك(١).

وأمّا الأجير الخاص، وهو الذي يستحقّ الأجرة بتسليم نفسه في المدّة وإن لم يعمل، كَمَنِ استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم؛ فإنّه يعتبر ابتداء المدّة في حقّه من حين تسليم نفسه وإن لم يعمل؛ لأنّه لا يمكنه أن يعمل لغيره؛ ولأنّ منافعه في المدّة صارت مستحقّةً له، والأجر مقابل بالمنافع، فقبض الأوائل في حقّه قبضٌ للأواخر، ويملك حقّ المطالبة(٢).

والفرق بين إجارة العمل وإجارة المنافع أنّ كلّ جزءٍ من العمل في إجارة العمل غير مقصودٍ بذاته؛ لأنّه لا ينتفع ببعضه دون بعضٍ فكان الكّل كشيءٍ واحدٍ، فما لم يُوجَدْ لا يقابله بدلٌ بلا خلافٍ، والأجير في هذا النّوع -وهو الأجير المشترك- له حقّ حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الأجرة؛ لأنّ عمله له أثرٌ ظاهرٌ في العين كالخيّاط والقصّار والصّبّاغ؛ وذلك الأثر هو المعقود عليه، وهو صيرورة الثّوب مخيطاً مقصوراً، وإنّما العمل يحصل بذلك الأثر عادةً، والبدل يقابل ذلك الأثر؛ فكان كالمبيع فكان له أن يَحبسه لاستيفاء الأجرة؛ كالبيع قبل القبض أنّه يُحْبَسُ لاستيفاء الثّمن إذا لَمْ يكن الثّمن مؤجَّلاً، وإنْ هلك قبل التّسليم

=

ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٣٦، و٤١٩.

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

تسقط الأجرة؛ لأنّه مبيعٌ هلك قبل قبضه.

وإنْ لم يكن لعمله أثرٌ ظاهرٌ في العين؛ كالحمّال والملاّح والمكاري فليس له أن يحبس العين؛ لأنّه لا أثر له في العين؛ والبدل إنّما يقابل العمل نفسه، إلاّ أنّ العمل كلّه كشيءٍ واحدٍ؛ إذ لا ينتفع ببعضه دون بعض.

بخلاف النّوع الثّاني -إجارة المنافع- فإنّ كلّ شيءٍ من السُّكنَى في إجارة الدّار، وقطع المسافة في إجارة ركوب السّيارة مقصودٌ فيقابل بالأجرة[1].

وذهب الحنفية في المذهب عندهم إلى أنّ قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر، إذا كانت الأجرة منفعةً هي من جنس المعقود عليه؛ كإجارة السّكنَى بالسّكنَى، ومبنَى كلامهم على تكييفهم للعقد؛ حيث قالوا: إنّ عقد الإجارة ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة فلم تكن كلّ واحدةٍ من المنفعتين معيّنةً بل هي معدومةٌ وقت العقد؛ فيتأخّر قبض أحد المستأجرين، فيتحقّق ربا النَّساء، والجنس بانفراده يحرِّم النَّساءَ[2].

وذهب الشّافعية إلى أنّ منافع المدّة تجعل موجودةً وقت العقد كأنّ أعيانها قائمة فلا يتحقّق معنَى النّسبة، ولو تحقّق فالجنس بانفراده لا يحرِّم النَّساء عندهم؛ لذا قالوا: إنّ تعليل مَنْ علَّل المسألة بوجود بيع الدَّين بالدَّين؛ لأنّ المنفعتين معدومتان وقت العقد فكان بيع الكالئ بالكالئ تعليلٌ غير سديدٍ؛ لأنّ الدَّين اسم لموجودٍ في الذّمة أُخِّرَ بالأجل المضروب

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٠٤، وبدائع الصّنائع ٦٣/٤-٦٧، والهداية ٢٣٣/٣، والمعونة ٩٧٣/٢، و١٠٨٨، والذّخيرة ٤١٧/٥، والمهذّب ٣٩٦/٢-٣٩٧، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣١٤/١٤،و٣٥١،و٣٦٣،و٣٧٥،و٤٨٩،و٥٠٥-٥١١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٨/٤-٤٩، و٦٣.

بتغيير مقتضى مطلق العقد؛فأمّا ما لا وجود له وتأخّر وجوده إلى وقتٍ فلا يُسَمَّى دَيناً[1].

وبالجملة فإنّ الذي عليه أهل العلم أنّ الأجر يقابل العمل، فأجرة منافع الدّار بقدر السّكنى، وأجرة الأجير بقدر عمله[2].

من أدلّة القاعدة:

يجوز شراء المنافع والذّوات التي يتأخّر قبضها شيئاً فشيئاً بدَينٍ بالاتّفاق، وما ذاك إلاّ إقامة قبض الأوائل مقام قبض الأواخر[3].

من تطبيقات القاعدة:

١٧- لو أنّ زيداً من النّاس إذا كان له دَينٌ على عمروٍ من النّاس؛ فإنّه يجوز لزيد أَنْ يأخذ من عمروٍ داراً يسكنها شهراً، أو سيارةً يركبها مدّةً معيَّنةً معلومةً، أو أجيراً يَخدمه سنةً، أو أثْماناً يتأخّر جذاذها شيئاً فشيئاً وهي مناسبة القاعدة؛ يجوز كلّ هذا؛ لأنّ قبض الأوائل قبضٌ للأواخر؛ لأنّه يُعَدُّ في حكم المقبوض؛ فليس من بيع الدَّين بالدَّين[4].

١٨- لو مَضَتْ مُدَّةٌ بعد العقد في إجارة مَنْزل أو سيارةٍ، ثم سُلِّمَ؛ فلا أجر له فيما مضى لعدم التّسليم فيه إلاّ لعذرٍ، ولو أَجَّرَ الْمَنْزل فارغاً وسلّم المفتاح إلى المستأجر فلم يفتح الباب حتّى مضت المدّة، لزمه كلّ الأجر لوجود القبض الذي هو التّسليم، والتّمكين من الانتفاع برفع الموانع في

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٩/٤، والمهذّب ٣٩٦/٢-٤٠٠.
(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢٤٢/٣، و٧٢/٤ فما بعدها، والمحلّى ١٤/٧.
(٣) انظر: وبدائع الصّنائع ٦٣/٤، والمهذّب ١٤٧/٢، وتطبيقات القواعد ص ٣١٨.
(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٦٣/٤، والهداية ٢٣٢/٣-٢٣٤، وتطبيقات القواعد ص ٣١٧-٣١٨.

جميع المدّة؛ فحدثت المنافع في ملك المستأجر، فهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الأجر؛ كالبائع إذا سلّم المبيع إلى المشتري بالتّخلية فهلك في يد البائع كان الهلاك على المشتري؛ لأنّه هلك على ملكه(١).

١٩- جواز تأخير الأجرة في الكراء أو الإجارة في الذّمة، كمَن اكترى داراً أو سيارةً أو دابةً موصوفةً في الذّمة غير معيَّنة، وشرع في الانتفاع بها؛ فإنّه يجوز تأخير الأجرة؛ لأنّه قَدْ قَبَضَ المنافعَ تَنْزيلاً لقبض الأوائل مَنْزِلَة قبض الأواخر(٢).

٢٠- مَنِ استأجر حَمَّالاً ليَحمل له بضاعةً من السّوق إلى مَنْزله فحمله حتّى إذا بلغ باب دار المستأجر كسره إنسانٌ فلا ضمان على الحامل، وله الأجر؛ لأنّ عمل الأجير الخاصّ لم يكن له أثرٌ ظاهرٌ -كما وقع هنا- فيحصل مسلماً إلى المستأجر، ولأنّ قبض الأوائل قبضٌ للأواخر(٣).

٢١- مَنِ استأجر رجلاً ليذهب إلى مدينة معيَّنة ليأتي له بسلعة، فذهب فوجد بعضها قد هلك؛ فجاء بالباقي فلَه الأجرُ كَاملاً، لأنّ قبض الأوائل قبضٌ للأواخر، وعلى عكس القاعدة يكون الأجر بِحسابه؛لأنّه أوفَى ببعض المعقود عليه فيستحقّ العوض بقدره(٤).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٢٣، والمعونة ٢/١٠٩٢-١٠٩٣.

(٢) وعلى القول بعكس القاعدة لا يجوز له تأخير الأجرة؛ لأنّه يكون من ابتداء الدَّين بالدَّين؛ فإنّ الأجرة مؤجَّلةٌ، والمنافع لَم تُقْبَضْ بعد؛ لأنّ قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر.
انظر: الهداية ٣/٢٣٢-٢٣٤، والمعونة ٢/١٠٩٣، وتطبيقات القواعد ص ٣١٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٦، والمعونة ٢/١٠٩٤، و١٠٩٧، والمقنع والشّرح الكبير ١٤/٢٩٢.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٢٣، و٦٣، و٦٦، والهداية ٣/٢٣٤، والمقنع والشّرح الكبير ١٤/٢٩٢.

٢٢- إذا استحقّت الدّار المكتراة، وبقي مقدارٌ من الكراء لم يدفع، قيل: يكون كراء الباقي للمكري بناء على أنّ قبض الأوائل قبضٌ للأواخر(١).

٢٣- أنّ المكتري بمجرّد شروعه في السّكنَى يجب عليه عند التّنازع نقد الكراء إذا لم يكن شرطٌ أو عرفٌ يقضي بالتّأخير؛ لأنّه قد استوفَى جميع المنفعة بأوّل سُكنًى(٢).

---

(١) والصّحيح أنّه للمستحقّ؛ لأنّه المالك. انظر: الهداية ٣/٢٣٢، و٢٣٥، وتطبيقات القواعد ص ٣١٨.

(٢) وهذا لم يقل به أحدٌ. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٢٣، الهداية ٣/٢٣٢-٢٣٤، و٢٤٩، والذّخيرة ٥/٣٨٧، والمهذّب ٢/٤٠٦، وتطبيقات القواعد ص ٣١٨.

المبحث الثّالث: القاعدة الثّالثة والثّلاثون [٣٣]

[الأصل أنّ الحقوق تورث كالأموال إلاّ ما قام دليلٌ على مفارقة الحقّ في هذا المعنَى للمال]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل بيع الخيار؛ دليلاً وسبباً لاختلافهم في انتقال خيار الخيار إلى الورثة؛ حيث قال: «وأمّا المسألة الخامسة، وهي: أيُورَثُ خيار البيع أم لا؟ فإنّ مالكاً والشّافعي وأصحابهما قالوا: يُورث، وأنّه إذا مات صاحب الخيار فلورثته مِنَ الخيار مثل ما كان له[١].

وقال أبو حنيفة وأصحابه[٢]: يبطل الخيار بِموت مَنْ له الخيار، ويَتمّ البيع، وهكذا عنده خيار الشّفعة[٣]،

---

(١) وهو تخريج عند الحنابلة، انظر: المدوّنة ٣/٢٠٨، والمعونة ٢/١٠٤٥،والتّلقين ص ٣٦٤، والتّمهيد ١٢/٢٣٠، والاستذكار ٥/٤٩٩، وجامع الأمّهات ص ٣٥٧، والمهذّب ٢/٩-١٠، و١٤٩، والمجموع ٩/١٣١-١٣٢، و١٤٩-١٥٢، و٢١٩، و١٢/٢٥٨، والمنثور ١/٢٩٧، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٣٣٣-٣٣٤، ومنتهى الإرادات ١/٢٥٨.

(٢) والحنابلة والظّاهرية.انظر: مختصر القدوري ص ٨٠، و٨١، وبدائع الصّنائع ٤/٣٥٧، والهداية ٤/٣٨، والمغني ٦/٤٧، وزاد المستقنع ص ٧٠، ومنتهى الإرادات ١/٢٥٦، وقواعد ابن السّعدي ص ٨٤، والمحلّى ٧/٥، و٢٦٠.

(٣) إذا مات الشّفيع قبل الطّلب بطلت الشّفعة، وإذا مات المشتري لم تسقط الشّفعة، بل تنتقل إلى ورثته. وكذلك إذا مات الشّفيع بعد البيع، وبعد قضاء القاضي قبل نقد الثّمن وقبضه لا تبطل الشّفعة في حقّ الورثة، فيأخذون العقار بما أخذه المشتري. وبه قال الحنابلة والظّاهرية.انظر: مختصر القدوري ص ١٠٧، والهداية ٤/٣٨، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٥/٤٧٢، و٤٧٩، وقواعد ابن رجب =

.......................وخيار قبول الوصيّة[١]، وخيار الإقالة[٢].

وسَلَّمَ لهم أبو حنيفة خيار الرّدّ بالعيب، أعني: أنّه قال: يُورَث[٣]، وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم[٤]، وخيار القصاص[٥] وخيار الرّهن[٦].

وسَلَّمَ لهم مالكٌ خيارَ ردّ الأب ما وهبه لابنه، أعني: أنّه لَـمْ يَـرَ لورثة الميّت مِنَ الخيار في ردّ ما وهبه لابنه ما جعل له الشّرع مِن ذلـك؛ أعنِي: للأب[٧].

=

ص ٦٥٨، وزاد المستقنع ص ٩٠، والمحلّى ٢٤/٨.

(١) وبه قال الحنابلة.

انظر: مختصر القدوري ص ٢٤٢، وبدائع الصّنائع ٣٩٧/٤، و٥٣٤-٥٣٥، والهداية ٢٣٣/٤-٢٣٤، وقواعد ابن رجب ص ٦٥٩، وزاد المستقنع ص ٩٦.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٨٥، والهداية ٥٤/٣-٥٦.

والإقالة هي: رفع العقد وفسخه في حقّ العاقدين، وبيعٌ جديدٌ في حـق غيرهما، وقيل: هي بيعٌ مطلقاً.

انظر: مختصر القدوري ص ٨٥، والهداية ٥٤/٣-٥٥، ومنتهى الإرادات ٢٦٨/١.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٨٢، وبدائع الصّنائع ٥٨٧/٤، والهداية ٣٧/٣.

(٤) وفرّقوا بين ما إذا مات أحد الغانمين في دار الحرب قبل إخراج الغنائم منها فلا حقّ لـه من القسمة، وبالتّالي لا شيء يورَث عنه أصلاً، ومَنْ مات من الغانمين بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته؛ لأنّ الإرث يَجري في الْمِلْكَ ولا ملك قَبل الإحراز.

انظر: مختصر القدوري ص ٢٣٤، والهداية ١٤٢/٣-١٤٣.

(٥) انظر: مختصر القدوري ص ١٨٤، وبدائع الصّنائع ٢٩٢/٦، و٢٩٩، والهداية ١٦١/٤.

(٦) انظر: مختصر القدوري ص ٩٣-٩٤، والهداية ١٤٨/٤-١٤٩.

(٧) لأنّهم لا يرثون العين فلا يرثون الخيار منها، وكما لا يورث حقّ النّكاح.

انظر: جامع الأمّهات ص ٤٥٤-٤٥٥، والمجموع ١٥٢/٩.

وكذلك خيار الكتابة[1] والطّلاق[2] واللّعان[3]، ومعنى خيار الطّلاق: أن يقولَ الرّجلُ لرجلٍ آخر: طَلِّق امرأتي متَى شئتَ؛ فيموت الرّجلُ المجعولُ له الخيار؛ فإنّ ورثته لا يَتَنَزَّلُون مَنْزِلَتَهُ عند مالك.

وسَلَّمَ الشّافعي ما سَلَّمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات، وسَلَّمَ زائداً خيار الإقالة والقبول؛ فقال: لا يُورَّثان[4].

وعمدة المالكية والشّافعية: أنّ **الأصل هو أَنْ تُورَثَ الحقوقُ والأموالُ، إلاّ ما قام دليلٌ على مفارقة الحقّ في هذا المعنَى للمال.**

وعمدة الحنفية: أنّ الأصل هو أن يُورَث المال دون الحقوق إلاّ ما قام دليله من إِلْحَاق الحقوق بالأموال.

فموضع الخلاف[5]: **آلأصل هو أَنْ تُورَثَ الحقوق كالأموال أم لا؟**»[6].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «الإرث كما يثبت في الأملاك يثبت في

---

(١) انظر: الفروق ٣/٢٧٥-٢٨٣، وجامع الأمّهات ص ٥٣٦-٥٣٧.

(٢) انظر: الفروق ٣/٢٧٥-٢٨٣، وجامع الأمّهات ص ٣٠٢-٣٠٣.

(٣) انظر: الفروق ٣/٢٧٥-٢٨٣، وجامع الأمّهات ص ٣١٥.

(٤) انظر: المهذّب ٢/٩-١٠، و١٤٩، والمجموع ٩/١٣١-١٣٢، و١٤٩-١٥٢، و١٢/٢٥٨-٢٥٩، والمنثور ١/٢٩٧.

(٥) وقد يكون لاختلافهم سببٌ آخر، كاختلافهم في حقيقة المال، وسوف يأتي في موضعه إن شاء الله.

(٦) بداية المجتهد ٣/٤٠٣-٤٠٤.

الحقوق الثّابتة»[١].

ما جاء في المعونة: «إذا مات مشترط الخيار من المتبايعين قام ورثته مقامه»[٢].

وذكرها في الفروق في الفرق السّابع والتّسعين والمائة بين قاعدة ما ينتقل إلى الأقارب من الأحكام غير الأموال، وبين قاعدة ما لا ينتقل من الأحكام[٣].

ما جاء في الذّخيرة: «قاعدة: كلّ ما كان مالاً أو متعلّقاً بالمال؛ كالرّهن والرّدّ بالعيب والأخذ بالشّفعة وإمضاء الخيار انتقل للوارث؛ لأنّه يرث المالَ فيرث ما يتعلّق به، وكلّ ما يرجع إلى النّفس والرّأي والملاذّ لا ينتقل للوارث؛ لأنّه لا يرث النّفس؛ كاللّعان والإيلاء وخيار مَنِ اشترط خياره؛ لأنّه رأيه»[٤].

ما جاء في تقرير القواعد: «القاعدة الرّابعة والأربعون بعد المائة: فيما يقوم فيه الورثة مقام مُوَرِّثِهم من الحقوق»[٥].

شرح مفردات القاعدة:

الحقوق: جمع حقٍّ، وهو مصدر حَقَّ يَحِقّ، إذا ثبت ووجب، وهو الثّابت الذي لا يجوز إنكاره بِحالٍ من الأحوال[٦].

والحقّ في اصطلاح الفقهاء، يستعمل عدّة معانٍ منها[٧]:

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٥٣٥/٤.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ١٠٤٥/٢، وانظر: التّمهيد ٢٣٠/١٢.

(٣) الفروق للقرافي ٢٧٥/٣، وانظر: تهذيب الفروق ٢٨٤/٣.

(٤) الذّخيرة للقرافي ١٠١/٨.

(٥) قواعد ابن رجب ص ٦٥٧، وانظر: قواعد السّعدي ص ٨٤-٨٥، ق (٥٦).

(٦) انظر: المفردات ص ١٣٢، وأسرار البلاغة ص ١٣٥، والنّهاية ٤١٣/١، والمصباح المنير ص ٥٥، والتّعريفات ص ٨٩.

(٧) انظر: أنيس الفقهاء ص ٧٨، وتكملة المجموع ١٧٥/٢٠-١٨٦، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي =

١- الحقّ بالمعنَى العام، وهو: ما يثبت للإنسان من ميزات ومكنات، سواء أكان الثّابت شيئاً مادّياً أم غير مادّيٍّ، ويعرف بأنّه: (كلُّ مصلحةٍ مستحقّة لصاحبها شرعاً)، فالحقّ بهذا المعنَى أعمّ من المال؛ لأنّ الحقّ يشمل كلّ ما يتقوّم بمالٍ وما لا يتقوّم بمالٍ، وأمّا المال فيقتصر على ما يتقوّم بمالٍ.

٢- والحقّ يستعمل بالمعنَى الخاص في المصالح الاعتبارية الشّرعية الّتي لا وجود لها إلاّ باعتبار الشّرع؛ كحقّ الشّفعة[١]، وحقّ الحضانة، وحقّ الطّلاق وغير ذلك، وهو بهذا المعنَى يقابل المال ويغايره؛ لأنّ هذه الحقوق لا تقابل بمالٍ ولا تتعلّق به.

٣- والحقّ يستعمل -أيضاً- بالمعنَى الخاص فيما يثبت للعقّار من منافع؛ كحقوق الارتفاق، مثل: حقّ الشِّرب، وحقّ المسيل، وحقّ المرور[٢] وغيرها.

فالحقّ هو: مصلحةٌ شرعيّةٌ تُخوِّل لصاحبها الاختصاص أو ترتّب التّكليف[٣].

تُورَثُ: من وَرِثَ يَرِثُ وِرَاثةً وإرثاً، وهو انتقال قُنْيَةٍ إليك عن غيرك من

=

٢٢٩٤/٣/٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٦١، والمدخل إلى فقه المعاملات المالية ص ٧٤-٧٥.

(١) وهو حقّ الشّريك أو الجار في امتلاك العقّار جبراً على البائع والمشتري بما قام على المشتري من الثّمن. انظر: مختصر القدوري ص١٠٦، وحدود ابن عرفة ٢/٤٧٤، والمهذّب ٢/٣٤٥، ومنتهى الإرادات ١/٣٧٦.

(٢) حقّ الشِّرب: حقّ الإنسان في توصيل نصيبه من الماء عبر أرض الغير.
وحقّ المسيل: حقّ الإنسان في تسييل الماء المستخدم عبر أرض الغير.
وحقّ المرور: حقّ الإنسان في المرور إلى أرضه عبر أرض الغير. انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٦١، والمدخل ص ٧٥.

(٣) انظر: مجلّة مجمع الفقه الإسلامي ٢٢٩٤/٣/٥.

غير عقد ولا ما يَجْرِي مَجرَى العقد، وسُمِّيَ بذلك الْمُنْتَقلُ عن الْمَيِّت؛ فيقال للقنيةِ الْمَورُوثةِ: ميراثٌ وإرْثٌ[١].

وفي اصطلاح الفقهاء: الإرث والميراث هو: التّركة، أي: الحقّ المخلف عن الميّت، ويقال له: التّراث[٢].

وبعبارةٍ أخرى هو: حقٌّ قابلٌ للتّجزيء ثبت لِمُستحقٍّ بعد موت مَنْ كان له ذلك؛ لقرابة بينهما أو نحوها[٣].

وبِمعنًى أشْمَلَ يدخل تحته الإرث في القاعدة: هو ما تركه الْمَيِّتُ بعد موته مِنْ أَمْوالٍ وحقوقٍ، يَستَحِقُّها بِموته الوارثُ الشّرعِيُّ[٤].

ونحوه في كتاب الفرائض[٥]: ما يتركه الْمَيِّتُ مِنْ مالٍ عَيْناً أو حقّاً له على غيره.

والميراث أحد أركان الإرث الثلاثة التي هي: مُورِّثٌ، ووَارِثٌ، ومَورُوثٌ[٦].

وأسبابه محلّ خلافٍ بين الفقهاء من حيث العددُ، ولكن المتفّق عليه منها ثلاثة وهي: نسبٌ، ونكاحٌ، وولاءٌ[٧].

---

(١) انظر: المفردات ص ٥٣٣-٥٣٤، وطلبة الطّلبة ص ١٤٩، و٣٣٧، وأسرار البلاغة ص ٦٧٠، والمصباح المنير ص ٢٥٠.

(٢) انظر: أنيس الفقهاء ص ١١٤، والفواكه الدّواني ٢/٢٧١، وشرح منتهى الإرادات ٤/٥٢٩.

(٣) انظر: الخلاصة في علم الفرائض ص ١٣.

(٤) انظر: الخلاصة في علم الفرائض ص ١٤، و٤٢.

(٥) للشّيخ عبد الصّمد الكاتب ص ١٧.

(٦) انظر: كتاب الفرائض ص ١٧، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤١.

(٧) انظر: مختصر القدوري ص ٢٤٥، والمعونة ٣/١٦٤٩، والتّلقين ص ٥٥٧، =

وشروطه ثلاثة: تَحقق موت الْمُوَرِّث، وتَحقُّقُ حياة الوارث عند موت الْمُوَرِّث، والعلم بِمقتضى الإرث، وذلك بِمعرفة سبب الإرث، وجهة الوارث، ودرجته وقوّته في القرابة(١).

وموانعه ثلاثة: الرّق، والقتل، واختلاف الدِّين(٢).

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

أنّ الأصل المتقرَّر إِلْحاقُ الحقوق بالأموال، وإعطائها حكم الأموال في انتقالها بعد موت صاحبها إلى الورثة؛ فتورث كما تورث الأموال.

فالقاعدة من القواعد التي تتعلّق بالملكيات في باب المعاملات، فالإنسان بحكم كونه مستخلفاً في الأرض، قال -تعالى-: ﴿ ءَامِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِۖ فَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمْ وَأَنفَقُواْ لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ ﴾(٣)؛ أي: بوراثتكم إيّاه عَمَّن كان قبلكم، وهذا يدلّ على أنّها ليست بأموالكم في الحقيقة، وما أنتم فيها إلاّ بِمَنْزلة النّواب والوكلاء(٤).

فهو مالكٌ لِمَا في حوزته مِمّا ثبت له بأسباب التّمليك شرعاً، بحيث يكون له فيه سلطان التّصرّف في الجملة(٥)، وحقيقة الْملكية عرّفها

=

و٥٦١، والفواكه الدّواني ٢/٢٧١، ومختصر المزني ص ١٩٦، وزاد المستقنع ص ٩٨، وكتاب الفرائض ص ١٨، والخلاصة في علم الفرائض ص ٥٥.

(١) انظر: كتاب الفرائض ص ٢٢-٢٣، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٢-٤٤.

(٢) انظر: المعونة ٣/١٦٥٠-١٦٥٣، وكتاب الفرائض ص ٢٤-٢٥، والخلاصة في علم الفرائض ص٤٥-٥٤.

(٣) سورة الحديد، الآية: ٧.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ١٧/٢٠٤، وتفسير السّعدي ص ٨٣٨.

(٥) انظر: الفروق ٣/٢١٣.

صاحب الفروق بقوله: «العبارة الكاشفة عن حقيقة المِلْك أنّه: حكمٌ شرعِيٌّ مُقَدَّرٌ في العين أو المنفعة يقتضي تَمَكُّنَ مَنْ يُضَافُ إليه مِن انتفاعه بالملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك»[1].

وقد شرحه بقوله:

«أمّا قولنا: حكمٌ شرعِيٌّ؛ فبالإجماع، ولأنّه يتبع الأسباب الشّرعية.

وأمّا أنّه مُقدَّرٌ؛ فلأنّه يرجع إلى تعلّق إذن الشّرع، والتّعلّق عدمِيٌّ ليس وصفاً حقيقيًّا، بل يقدر في العين أو المنفعة عند تحقّق الأسباب المفيدة للملك.

وقولنا: في العين أو المنفعة؛ فإنّ الأعيان تُمْلَكُ كالبيع، والمنافع كالإجارات.

وقولنا: يقتضي انتفاعه الملوك، ليخرج التّصرّف بالوصية والوكالة وتصرّف القضاة في أموال الغائبين والمجانين؛ فإنّ هذه الطّوائفَ لهم التّصرّف بغير مِلْك.

وقولنا: والعوض عنه؛ ليخرج عنه الإباحات في الضّيافات؛ فإنّ الضّيافة مأذونٌ فيها وليست مَمْلوكةً على الصّحيح، ويخرج أيضاً الاختصاصات بالمساجد والرّبط والخوانق[2]، ومواضع المطاف، والسّكاك، ومقاعد الأسواق؛ فإنّ هذه الأمور لا مِلْك فيها مع المَكنة الشّرعية من التّصرّف في هذه الأمور.

وقولنا: من حيث هو كذلك، إشارة إلى أنّه يقتضي ذلك من حيث

---

(١) الفروق للقرّافي ٢٠٨/٣-٢٠٩.

(٢) الخوانق جمع: خانق، وهو الشِّعب الضّيّق بين جبلين. انظر: المعجم الوسيط ص ٢٦٠.

هو، وقد يَتَخَلَّفُ عنه ذلك لِمانعٍ يعرض؛ كالمحجور عليهم لهم الْمِلْكُ، وليس لهم المكنة من التّصرّف في تلك الأعيان الْمَمْلوكة»(١).

والصّحيح في الضّيافات أنّها إباحةٌ لا تَمليك، كما أباح الله تعالى السَّمَكَ في الماء، والطّير في الهواء، والحشيش والصّيد في الفلاة لِمَن أراد تناوله، ولا يقال إنّ هذه الأمور مَمْلُوكَةٌ للنّاس، كذلك الضّيف جُعِلَ له أَنْ يأكل إن أراد أو يترك، فهذا الحقّ لا يُورَث(٢).

وقد يَملك الإنسان المنفعة والانتفاع، أو المنفعة فقط، أو الانتفاع فقط، فهو يرجع إلى الإذن والإباحة كما في الضّيافة، وبيوت المدارس، والأوقاف والرّبط ونحوها؛ فإنّها مأذونٌ فيها، إلاّ أنّه في هذه الصّور لا يَملك أخذ العوض عن تلك المنافع(٣).

والذي يظهر أنّ الْمِلْك يجري أو ينطبق عليه أحد الأحكام التّكليفية الخمسة، وهو إباحةٌ خاصّةٌ في تصرّفاتٍ خاصّة، وأخذ العوض عن ذلك الْمَمْلوك على وجهٍ خاصٍّ، كما تقرّر في قواعد المعاوضات في الشّريعة، وشروطها، وأركانها، وخصوصيات هذه الإباحة هي الموجِبَةُ للفرق بين المالك وغيره من جميع الحقائق(٤).

وحقوق الْمِلْكية الثّابتة للإنسان شرعاً له أحكامها في حال حياة صاحبها وبعد انتقاله إلى رحمة ربّه، ففي حياته يَملك اختصاصها بِحيث

---

(١) الفروق للقرّافي ٣/٢٠٩-٢١٢، و٢١٦.
(٢) انظر: الفروق ٣/٢١٢، و٢١٣، و٢١٤.
(٣) انظر: الفروق ٣/٢١٢، و٢١٤-٢١٥، والشّرح الكبير ١٤/٤٥٥.
(٤) انظر: الفروق ٣/٢١٥-٢١٧.

يكون له سلطان التّصرّف فيها، وبعد وفاته ينتقل كامل اختصاصاته إلى ورثته، فتُورَثُ عنه الحقوق كما تُورَثُ عنه الأموال، وهذا هو مقتضى القاعدة ومفادها؛ حيث شَبَّهَت الحقوق بالأموال مطلقاً في كونها تُورَثُ كما تُورَث الأموال، والتّشبيه يقتضي إعطاء الْمُشَبَّه حكم الْمُشَبَّه به.

ولكن هذا المفاد لا ينبغي أن يكون على عمومه وإطلاقه؛ إذ ليس جميع الحقوق تُورَث كالأموال؛ لاختلافها باعتبار ماليّتها وعدمها، ومحلّ الْمِلْك فيها، أعني: قد يَملك العين فَيثبت له حقّ المنفعة والانتفاع تبعاً، أو يَملك المنفعة والانتفاع فقط، أو يَمْلك أخذ العوض عنها فالحكم يختلف باختلاف محل الملك.

قال في الفروق: «الْمِلْكُ: إباحةٌ شرعيَّةٌ في عين أو مَنْفَعَة تقتضي تَمَكُّنَ صاحبها من الانتفاع بتلك العين، أو المنفعة، أو أخذ العوض عنهما؛ من حيث هي كذلك»(١)، فجعل الْمِلْكَ على الأقسام السّابقة.

فالحقوق المالية المحضة التي ثبتت ماليتها تُورَث بعد موت مالكها،وتنتقل مِلْكيتها إلى ورثته بأسباب وشروط سبق ذكرها،وهذا ممّا لا خلاف فيه بين أهل العلم،وقد جعلوا له باباً مستقلاً في كتبهم المؤلّفة في الفقه،بل أُفْرِدَت له كتب خاصّة،ونُظِّمت لها منظومات.

ولكن هناك حقوقٌ أخرى معنويةٌ محضةٌ، وثالثها متردِّدةٌ بين معنويّة ومالية.

فالحقوق المعنوية المحضة هي التي لا تتعلّق بالمال، ولا تؤول إليها بحال من الأحوال، إلاّ أنّها تثبت للإنسان مِلْكيتها في حياته؛ كحقّ شهوة النّكاح، والذّرية، واختيار الأربع، أو إحدى الأختين لِمَنْ أسلم وعنده

---

(١) الفروق للقرافي ٢١٦/٣.

أكثر من أربع نسوةٍ، أو أختان؛ فهذه الحقوق لا تُورَثُ قطعاً بلا خلاف بين أهل العلم.

والحقوق الثّالثة وهي التِي يتجاذبها النّوعان، فهي في الأصل معنويــةٌ إلاّ أنّها تتعلّق بمالٍ وتؤول إليه، منها ما يُسَمَّى في هذا العصر: بحقوق الابتكــار؛ كحقّ المؤلِّف في المصنّفات العلمية، والأدبية، وبراءة الاختراع في المخترعــات الصّناعية،والاسم التّجاري، والعلامة التّجارية، والتّرخيص[(١)].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لا خلاف بين أهل العلم قاطبة في مفاد هذه القاعــدة في الجملــة، فهي في جملتها متّفقٌ عليها، كما تقدّم في فقرة توثيق القاعدة؛ أنّ الورثــة يرثون من مُوَرِّثهم الحقوق كما يرثون منه الأموال[(٢)]، ولكن لَمَّا تقرّر أنّ عموم القاعدة غير مرادٍ بل مخصوصٌ، وأنّ إطلاقها مُقيَّدٌ، اقتضى الأمــر استثناء بعض حقوقٍ؛ فلا تنتقل إلى الورثة، فما هو تكييف الحقوق الــتي تورث، وما هي تلك الحقوق المستثناة، وما ضابطها؟ فهذه الجزئيات محلّ الخلاف بين الفقهاء، وللوقوف عليها يتطلّب الأمرُ إلى وقفةٍ مع حقيقــة المال، والمنافع هل تُعَدُّ مالاً أم لا؟، والمِلْك أو المِلْكية والحقوق، والدّيون هل يُعَدُّ حقّاً أم لا؟

المسألة الأولى: حقيقة المال:

---

(١) انظر: الفروق ٢٧٥/٣-٢٨٣، والمجموع ١٤٩/٩-١٥٢، وقواعد ابن السّــعدي ص ٨٤-٨٥،ومجلّــــة مجمــــع الفقــــه الإســــلامي٥/٣/٢٢٧٥-٢٢٧٩،و٢٢٩٤،و٢٤٠٠.

(٢) انظر: تهذيب الفروق ٢٨٤/٣، والمجموع ١٤٩/٩-١٥٢، وأشباه السّــيوطي ص ٧٢٥، وقواعد السّعدي ص ٨٤-٨٥.

لا خلاف بين أهل العلم بل والمسلمين أنّ الأموال تُورَث عن الْمَيِّت، وتنتقل مِلْكيَّتُهَا إلى ورثته بعد موته، ولكن اختلفوا فيما يعدّ مالاً ممّا لا يُعَدّ؟

أوّلاً: لا خلاف بين الفقهاء أنّ الأعيان أموالٌ متى أمكن حيازتُها، وتَمَلُّكُها، والانتفاع بها على وجه ما في غير حالات الضّرورة.

ثانياً: اتّفقوا على أنّ الحقوق المجرّدة التي لا تُدْرَك بالحسّ، ولا تعلّق لها بالمال؛ كحقّ الحضانة والولاية والوظيفة ليست مالاً، ولكن قد تؤول إلى مالٍ(١).

ثم اختلفوا في تعريفه تفصيلاً على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّ المال هو: كلّ مَا لَهُ قِيمَةٌ ومنفعةٌ يلزم متلفه بضمانه، سواء أمكن حيازته وإحرازه أم لا، وسواء كان له وجود في الخارج أم لم يكن.

وبعبارةٍ أخرى: ما كان له قيمةٌ ماديةٌ بين النّاس، وجاز شرعاً الانتفاع به في حال السّعة والاختيار.

وهو قول جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة ومتأخري الحنفية(٢).

المذهب الثّاني: أنّ المال هو: ما يميل إليه الطّبع، ويمكن حيازته وإحرازه، والانتفاع به في العادة. وهو قول الحنفية وهو المذهب عندهم(٣).

---

(١) انظر: أشباه السّيوطي ص ٥٣٣، ومجلّة مجمع الفقه الإسلامي ٢٣٠٣/٣/٥.

(٢) انظر: البحر الرّائق ٢٧٧/٥، وأنيس الفقهاء ص ٧٢، والمعونة ٣٧٠/١، وعقد الجواهر ٨٦٦/٣، والمنثور ٣١٠/٢، والشّرح الكبير والإنصاف ٣٣٨/٦، و٣٤٠، و٣٤٢، وفتح الباري ٦٠/١١، ومجلّة مجمع الفقه الإسلامي ٢٣٠٦/٣/٥، و٢٣٩١، وفقه الزّكاة ١٥٧/١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٦٦-٣٦٧، والمدخل إلى فقه المعاملات ص ٧٠.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٥/٤، و٣٣٦، و٣٣٨، و٥٩١، و١١/٦، و١٨، والهداية =

الفرق بين المذهبين: أنّ الجمهور جعلوا من عناصر المالية في الشّيء أن تكون فيه منفعةٌ مقصودةٌ مباحةٌ شرعاً، في حال السّعة والاختيار دون حالات الضّرورة والحاجة.

في حين أنّ الحنفية لم يجعلوا من عناصر المالية إباحة الانتفاع به شرعاً.

وكذلك انفرد الحنفية بِجعل كون الشّيء عيناً ماديةً عنصراً من عناصر المالية، في حين أنّ الجمهور لم يجعلوا من عناصر المالية كون الشّيء عيناً ماديةً، فتدخل فيه الأعيان والمنافع والحقوق.

وبهذا؛ فإنّ أحظى المذهبين بالصّواب في نظري هو تعريف الجمهور؛ لأنّه يربط بين المعنَى اللّغوي والمعنَى الاصطلاحيّ؛ فيدخل فيه ما يقبل الحيازة وما لا يقبلها؛ كالمنافع والحقوق.

ولأنّه شاملٌ لكلّ أفراد المال، في حين أنّ تعريف الحنفية غير جامعٍ لكلّ أفراده فلا تدخل فيه الأدوية والسّموم التي لا تَميل إليها الطّبع وتعافها النّفوس مع أنّ العرف عدَّها مالاً، وأجرى كثيراً من المعاملات عليها.

كما لا تدخل الخضروات التي لا تقبل الادّخار في العادة مع أنّ العرف اعتبرها أموالاً[1].

المسألة الثّانية: الحقوق:

تنقسم الحقوق بعدّة اعتبارات منها[2]:

=

٣/٢٥، و٤٢، و٥٠-٥١، والبحر الرّائق ٥/٢٧٧.

(١) انظر: فقه الزّكاة ١/١٥٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٦٦-٣٦٧، والمدخل إلى فقه المعاملات ص ٧٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٧، والفروق ٣/٢٧٥-٢٨٣، والمنثور ١/٢٩٨-٣٠٤،
=

التّقسيم الأوّل: باعتبار مستحقّها إلى: حقّ الله، وحـــقّ آدمِــي، والحق المشترك.

وأمّا الحقّ الآدمِيّ فينقسم إلى:

التّقسيم الثّاني: باعتبار محلّ الحقّ:

ينقسم الحقّ الآدمِيّ باعتبار محلّه الْمُتَعَلّق به إلى: حَقٌّ مـــالِيٌّ وغـــير مالِيٍّ، وإلى حقٌّ شخصيٌّ وحقٌّ عَينِيٌّ، وإلى حقٌّ مُجَرَّدٍ وحقٌّ غير مُجَرَّدٍ.

الحقوق المالية: هي التِي تتعلّق بالأموال ومنافعها، وهذه تشمل: الحقوق الواردة على الأعيان والمنافع والدّيون.

الحقوق غير المالية: هي التِي تتعلّق بغير المال؛ كحـــقّ وليّ المقتـــول في القصاص أو العفو.

الحقوق الشّخصية: هي التِي يقرّها الشّرع لشخصٍ على آخر؛ كحـــقّ المشتري في قبض المبيع، وحقّ البائع في قبض الثّمن.

الحقوق العينية: هي التِي يقرّها الشّرع لشخصٍ على شيءٍ معيّنٍ بالذّات؛ مثل حقّ الملكية الذي به يستطيع المالك مُمَارسة أكمَــل سـلطان التّصرّف على ما يَملكه.

الحقّوق المجرّدة أو المحضة: هي التِي لا تترك أثراً بالتّنازل عنه صلحاً أو إبراء، بل يبقى محلّ الحقّ عند المكلّف بعد التّنازل كما كان قبـــل التّنـــازل، مثاله: حقّ الشّفعة إذا أسقط الشّفيع حقّه في الشّفعة، كانت مِلْكيـــة

=

وأشباه السّيوطي ص٧٢٥، وقواعد السّعدي ص ٨٤-٨٥، ومعجم لغة الفقهـــاء ص ١٦١، الحقوق المعنوية للنّشمي، ضـــمن مجلّـــة مجمـــع الفقـــه الإســـلامي ٢٢٩٧-٢٢٩٤/٣/٥.

المشتري للعقّار بعد التّنازل عن الشّفعة هي بعينها قبل التّنازل.

الحقوق غير المجرّدة: هي التي تترك أثراً بالتّنازل عنه، مثاله: حقّ القصاص؛ فإنّه يتعلّق برقبة القاتل ودمه، وتترك فيه أثراً بالتّنازل عنه، فيتغيّر فيه الحكم؛ فيصير معصوم الدّم بالعفو بعد أن كان غير معصوم الدّم.

فمن هذه الحقوق ما تُورَث وتنتقل ملكيّتُها إلى الورثة، ومنها ما لا تُورَث ولا تنتقل، فما كان مالاً أو يؤول إلى مالٍ أو يدفع ضرراً عن الوارث؛ فإنّه يُورُث، وفي ذلك يقول في الفروق:

«الفرق السّابع والتّسعون والمائة بين قاعدة ما يَنتَقلُ إلى الأقارب من الأحكام غير الأموال، وبين قاعدة ما لا يَنْتَقلُ من الأحكام.

اعلم أنّه يروى عن رسول الله ﷺ أنّه قال: (مَنْ مَاتَ عن حقٍّ فَلورَثَتِه)[1]، وهذا اللّفظ ليس على عمومه، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث، ومنها ما لا ينتقل.

فَمِن حقّ الإنسان أَنْ يُلاعِنَ عند سبب اللّعان، وأَنْ يفيءَ بعد الإيلاء، وأَنْ يعود بعد الظّهار، وأَنْ يختار مِن نسوة إذا أَسْلَم عليهنّ وهنّ أكثر من أربعٍ، وأَنْ يختار إحدى الأختين إذا أَسْلَم عليهما، وإذا جعل المتبايعان له الخيار فَمِنْ حَقِّه أن يَمْلِك إمضاء البيع عليهما وفسخه.

---

(١) أخرج نحوه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه البخاري في صحيحه ٥٠/١٢، كتاب الفرائض، باب ميراث الأسير، برقم: (٦٥٢٧)، بلفظ: «مَنْ تَرَكَ مالاً فَلوَرَثَته»، ونحوه لمسلم في صحيحه ١٢٣٧/٣، كتاب الفرائض، باب مَنْ تَرَكَ مالاً فلورثته، برقم: (١٦١٩).

ومِنْ حَقّه ما فُوِّض إليه من الولايات، والمناصب؛ كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرهما، وكالأمانة والوكالة؛ فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيءٌ، وإن كانت ثابتةً للمُوَرِّث.

بل الضّابط لِمَا ينتقل إليه: ما كان مُتَعَلِّقاً بالمال، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف أَلَمه.

وما كان مُتَعَلِّقاً بنفس الْمُوَرِّث، وعقله، وشهوته لا ينتقل للوارث.

والسّر في الفرق: أنّ الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلّق به تبعاً له، ولا يرثون عقله، ولا شهوته، ولا نفسه؛ فلا يرثون ما يتعلّق بذلك، وما لا يُورَثُ لا يرثون ما يتعلّق به.

فاللّعان يرجع إلى أمرٍ يعتقده لا يشاركه فيه غيره غالباً، والاعتقادات ليست من باب المال، والفيئة شهوته، والعود إرادته، واختيار الأختين والنّسوة إربه وميله، وقضاؤه على المتبايعين عَقْلُهُ وفكرَتُهُ ورَأْيُهُ، ومناصبه وولاياته وآراؤه واجتهاداته وأفعاله الدِّينية فهو دِينه ولا ينتقل شيءٌ من ذلك للوارث؛ لأنّه لَمْ يرث مستنده وأصله»[(١)].

المسألة الثّالثة: خيارات العقود:

هناك خياراتٌ ثبتت للمتعاقدَين، إمّا شرعاً أو بجعلهما أو أحدهما، فهل هذه الخيارات تنقطع بِموت صاحبها، أم لا تنقطع بل تنتقل إلى ورثته فيرثونها عنه؟

تنقسم هذه الخيارات باعتبار انتقالها إلى الورثة وعدمه إلى ثلاثة[(٢)]:

---

(١) الفروق للقرافي ٣/٢٧٥-٢٧٧، وانظر:الذّخيرة٨/١٠١،وتهذيب الفروق ٣/٢٨٤، والمجموع ٩/١٥٢، والمنثور ١/٢٩٧-٢٩٨، وقواعد السّعدي ص ٨٤-٨٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٨٠-٨٢، و١٠٨، و٢٤٢، وبدائع الصّنائع ٣/٥٤٨، =

القسم الأوّل: ما اتّفق الفقهاء على أنّه ينتقل منه:

خيار الرّد بالعيب، وخيار تعدّد الصّفة، وخيار الخلف، وعجز المتشري عن تسليم الرّهن، والشّفعة بعد الطّلب، وحقّ القصاص، وحقّ الرّهن، وحبس المبيع، وحدّ القذف بعد الطّلب، وخيار الشّرط بعد الطّلب، وخيار ما وجد من أموال المسلمين في الغنيمة فمات ربّه قبل أن يختار أخذه بعد القسمة.

القسم الثّاني: ما اتّفق الفقهاء على أنّه لا ينتقل، بل تنقطع بموت صاحبه ومنه:

خيار الهبة في الأب للابن بالاعتصار، وخيار العتق، واللّعان، والكتابة، والطّلاق، بأَنْ يقول: طلّق زوجَتِي متَى شئتَ؛ فيموت المقول له.

القسم الثّالث: ما اختلف فيه الفقهاء، وهو:

خيار البيع وهو خيار الشّرط قبل الطّلب، وحدّ القذف قبل الطّلب، وخيار القبول.

ومدرك الخلاف في المختلف فيه؛ اختلافهم في تكييف الخيار هل هو

=

و٤/٣٥٧، و٣٩٧، و٥٣٤-٥٣٦، و٥/٥٢٢، والهداية ٣/٣٠، و٣٥، و٤/٣٨، و٢٣٣، والتّلقين ص ٣٦٤، و٤٠١، والتّمهيد ١٢/٢٣٠،والاستذكار٥/٤٩٩، وبدايةالمجتهد ٣/٤٧٤، والفروق٣/٢٧٧-٢٧٩، والذّخيرة ٨/١٠١، وتهذيب الفروق٣/٢٨٤-٢٨٥،والمهذّب٢/٩-١٠،و١٤٩،و٣/٥٥١،والمجموع٩/١٣١-١٣٢، و١٤٩-١٥٢، و٢١٩، و١٢/٢٥٨-٢٥٩، والمنثور ١/٢٩٧-٢٩٨، والمغني ٦/٤٤٧، و٨/١٩٢، و١٤/٥٧١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٢٦٣ فما بعدها، و٣٣٣، و١٥/٤٧٢، و٤٧٩، و١٤/٤٥٥، وقواعد ابن رجب ص ٦٥٧-٦٦١، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٨٣-١٩٥ فما بعدها.

صفةٌ للعقد فينتقل مع العقد؛ فإنّ آثار العقد انتقلت للوارث، وهذا وجهة مَنْ قال بانتقالها.

أم صفةٌ للعاقد؛ لأنّها مشيئته واختياره وقضاؤه فتبطل بِموته كما تبطل سائر صفاته، وهذا مأخذ مَنْ منع الانتقال(١).

وعلّل القائلون بالانتقال والميراث بأنّ مَنْ ورث شيئاً ورثه بِحقوقه؛ كالدَّين بالرّهن، وخيار التّعيين، والرّدّ بالعيب(٢).

ولأنّه حقٌّ ثابتٌ لإصلاح المال، فلم يسقط بالموت؛ كالرّهن، وحبس المبيع على الثّمن(٣).

وعلّل المانعون بأنّ الخيار ليس متروكاً؛ لأنّ المتروك عينٌ تبقى، والخيار عَرْضٌ لا يبقى، فلم يكن متروكاً؛ فلا يورث.

وقالوا في خيار الأجل: لأنّ الأجل في الثّمن، لا يورث، فكذلك في الخيار.

ولأنّ البائع رضي بخيار واحدٍ وأنتم تثبتونه لِجماعةٍ لم يرضَ بهم، وهم الورثة؛ فوجب ألاّ يتعدّى الخيارُ مَنِ اشترط له كما لا يتعدّى الأجلُ مَنِ اشترط له.

وأجيب عن تعليلاتهم بما يلي(٤):

أنّ اختياره صفته، ولكن صفةٌ متعلّقةٌ بالمال فينتقل كاختياره الأكل والشّرب وأنواع الانتفاع في المال؛ فإنّ جميع ذلك ينتقل تبعاً للمال.

---

(١) انظر: الفروق ٣/٢٧٨.

(٢) انظر: المعونة ٢/١٠٤٥، وقواعد السّعدي ص ٨٤-٨٥.

(٣) انظر: المهذّب ٢/٩.

(٤) انظر: الفروق ٣/٢٧٨-٢٧٩.

وأمّا قولهم في الأجل فيجاب عنه بأنّ معناه: تأخير المطالبة، والوارث لا مطالبة عليه، بل هو صفةٌ للدَّين، ولا جرم لما انتقل الدَّين للوارث انتقل مؤجَّلاً، وكذا هنا، تنتقل الصّفة لِمَن انتقل إليه الموصوف، فهذا دليلٌ للانتقال لا للمنع.

وأمّا قولهم: إنّ البائع رضي بخيار واحد دون جماعة، فيجاب عنه بأنّه ينتقض بِخيار التّعيين، وبشرط الخيار للأجنَبي، وقد أثبتوه للوارث، وبِما إذا جنَى؛ فإنّه ينتقل إلى الولِيّ ما لم يرض به البائع.

وذكر الشّافعية مدركاً آخر وهو: أنّ ما كان جائزاً سقط بالموت، وما كان لازماً لم يسقط بالموت؛ كالعقود؛ فإنّه يبطل بالموت الجائزُ منها دون اللازم[1]، ونحوه عند الحنابلة في الحقوق التي على الْمُوَرِّث[2].

ولعلّ الصّحيح هو القول بانتقال ما كان مالاً أو يؤول إلى مالٍ؛ لقوّة تعليله، والله تعالى أعلم بالصّواب.

قال في تقرير القواعد: ما يقوم فيه الورثة مقام مُوَرِّثهم من الحقوق، وهي نوعان: حقٌّ له، وحقٌّ عليه.

فأمّا النّوع الأوّل الذي له: فما كان من حقوقه يَجِب بموته؛ كالدّية والقصاص في النّفس، فلا ريب في أنّ لهم استيفاءه، وسواء قلنا: إنّه ثابتٌ لهم ابتداءً أو منتقلٌ إليهم عن مُوَرِّثهم، ولا تؤثّر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب...

الضّرب الثّاني: حقوق أملاكٍ ثابتةٌ بالأموال الموروثة؛ فتنتقل إلى الورثة بانتقال الأموال المتعلّقة بها بدونَ المطالبة بخلاف الضّرب الأوّل؛ فإنّ

---

(١) انظر: المجموع ٩/١٥٢، و٢١٩، و١٢/٢٥٨.

(٢) انظر: قواعد ابن رجب ص ٦٦٠.

الحقوق فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الأملاك، ولهذا لا تجب الشّفعة عندنا لكافرٍ على مسلمٍ؛ لأنّه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم.

ومن صور ذلك: الرّهن؛ فإذا مات وله دَينٌ برهنٍ، انتقل برهنه إلى الورثة، ومنها: الكفيل، وهو كالرّهن؛ لأنّه توثقةٌ...، ومنها: الضّمان؛ فإذا مات وله دَينٌ به ضامنٌ انتقل إلى الورثة مضموناً...، ومنها: الأجل...، والرّدّ بالعيب...

النّوع الثّاني: الحقوق التي على الْمُوَرِّث؛ فإذا كانت لازمةً قام الوارث مقامه في إيفائها، وإن كانت جائزةً؛ فإنْ بطلت بالموت؛ فلا كلامٌ، وإن لم تبطل؛ فالوارث قائمٌ مقامه في إمضائها وردّها...

وتَتخرّج على ذلك مسائل منها: إذا مات وعليه دُيونٌ أو وصّى بوصيةٍ؛ فللورثة تنفيذها إذا لم يعيّن وصيّاً.

ومنها: إذا مات وعليه عبادةٌ واجبةٌ تُفْعَلُ عنه بعد موته؛ كالحجّ والمنذورات؛ فإنّ الورثة يفعلونها عنه، ويجب عليهم ذلك إن كان له مالٌ، وإلاّ فلا...

ومنها: إذا مات الرّاهن قبل إقباض الرّهن الذي لا يلزم بدون قبضٍ؛ فوارثه قائمٌ مقامه في اختيار التّقبيض والامتناع[1].

المسألة الرّابعة: الدّيون:

والدَّين عرّفه الحنفية بأنّه: عبارةٌ عن ما ثبت في الذّمة من مالٍ في معاوضةٍ أو إتلافٍ أو قرضٍ[2]، وعلى هذا يخرج عنه كلّ ما ثبت بغير

---

(١) انظر: قواعد ابن رجب ص ٦٥٧-٦٦١.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٣١/٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٩.

هذه الأسباب الثّلاثة من زكاة ودية وغير ذلك.

وعرّفه الجمهور من المالكية والشّافعية والحنابلة بأنّه: عبارة عن كلّ ما يثبت في الذّمة من مال بسبب يقتضي ثبوته[1]، فيدخل فيه كلّ ما لزم في الذّمة من أموال سواء ثَبتت في نظير عينٍ ماليةٍ أو منفعةٍ أو ثبت حقّاً لله تعالى من غير مقابلٍ؛ كالزّكاة.

والدَّين الذي للميّت من الحقوق التي يتركها، وهي تُورَثُ وتنتقل إلى الورثة[2].

وأمّا الدّيون التي عليه فليست من التّركة الموروثة للورثة بل هي حقٌّ للدّائن، سواء دَينٌ مُتعلِّقٌ بالتّركة عينها، أم مُتَعلِّقٌ بذمّة الميّت لله أو لآدَميٍّ؛ فهي من الحقوق الخمسة المتعلِّقة بالتّركة[3]، تصرفها في وجوهها، وهي من قبيل الضّمانات والكفالات التي يأخذها النّاس يستوفون منها حقوقهم عند تعذّر السّداد.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لصحّة القاعدة وثبوتها وحجّيّتها بما يلي:

---

(١) انظر: المعونة ١/٣٧٠-٣٧١، وبداية المجتهد ٣/٤٣٠، والذّخيرة ٩/٢٠٨، والمنثور ١/٣٦٣، والشّرح الكبير والإنصاف ٦/٣٢١، و٣٢٣، و٣٤٠، و٣٤٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/٣٢٣، وقواعد السّعدي ص ٨٤-٨٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٩، والمدخل إلى فقه المعاملات ص ٧٨.

(٢) انظر: الذّخيرة ٩/٢٠٨، وقواعد ابن رجب ص ٦٥٧، و٦٦٠.

(٣) وهي: مؤن التّجهيز، والدّيون المتعلّقة بالتّركة عينها، والدّيون المطلقة في ذمّة الميّت لله أو لآدَميٍّ، ووصيّة الميّت بالثّلث فأقلّ لأجْنَبيٍّ، ونصيب ورثة الورثة.
انظر: القوانين الفقهية ص ٢٥٣، وكتاب الفرائض ص ١٥، والخلاصة في علم الفرائض ص ٢٩.

١-قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾[(١)].

وجه الاستدلال منه؛ أنّه دلّ بعمومه على ميراث الحقوق، فيتناول المُتّفق عليه والمختلف فيه، وكذلك سائر آيات المواريث؛ فإنّ ظاهرها إثبات الإرث في المتروك مطلقاً، وتدخل فيه الحقوق فيجري فيها الإرث[(٢)].

٢-قوله ﷺ: «مَنْ تَرَكَ مالاً فهو لِوَرَثَتِه»[(٣)].

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ بظاهره على ميراث جميع المتروك، والحقوق من المتروك؛ لأنّ الإرث كما يثبت في الأملاك يثبت في الحقوق الثّابتة بأسبابها الشّرعية[(٤)].

٣-ولأنّ مَنْ ورث شيئاً ورثه بحقوقه؛ كالدَّين بالرّهن، وخيار التّعيين[(٥)].

أقسام الحقوق الموروثة أربعة[(٦)]:

القسم الأوّل: ما ثبت لِجميع الورثة، ولكلّ واحد منهم بتمامه، وهو حدّ القذف؛ فإذا عفا بعضهم فللباقي حقّ الاستيفاء كاملاً؛ لأنّه إنّما شرع لدفع معرّة الميّت، وكلّ واحدٍ منهم يقوم مقام صاحبه فيه، ولا يدفع العار إلاّ بتمام الحدّ.

القسم الثّانِي: ما ثبت لِجميعهم على الاشتراك، ولكلّ واحدٍ منهم

---

(١) سورة النّساء، الآية: ١٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٣٤/٤، والمعونة ١٠٤٥/٢، والمنتقى ٣٨٧/٦، والفروق ٢٧٩/٣.

(٣) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٥٣٤/٤-٥٣٥، والمعونة ١٠٤٥/٢.

(٥) انظر: المعونة ١٠٤٥/٢.

(٦) انظر: الفروق ٢٧٥/٣-٢٨٣، والمنثور ٢٩٨/١-٢٩٩، وأشباه السّيوطي ص ٧٢٥.

حصّته، سواء ترك شركاؤه حقوقهم أم لا، وهو حقّ المال.

القسم الثّالث: ما ثبت لجميعهم على الاشتراك أيضاً، ولكن لا يملك أحدهم على الانفراد شيئاً منه، وهو القصاص إذا عفا أحدهم يسقط الكلّ.

القسم الرّابع: ما ثبت لجميعهم على الاشتراك، وإذا عفى بعضهم يوفّر الحقّ على الباقين، وهو حقّ الشّفعة، والغنيمة.

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّ الملك في المبيع يحصل في الأعيان، فيثبت للمالك سلطان التّصرّف فيها، وإذا مات انتقلت مِلْكيَّتُهُ إلى ورثته، بخلاف الإجارات؛ فإنّ الْمِلْكَ فيها يحصل في المنافع وبالتّالِي لا تنتقل الأعيان إلى الورثة، وتنتقل المنافع[1].

---

(١) وقد ناقش الإمام المازري هذه المسألة كما نقلها عنه القرافي في الفروق ٢١٨/٣؛ حيث قال: «قال المازري رحمه الله في شرح التّلقين: قول الفقهاء: الْمِلْكُ في المبيع يحصل في الأعيان، وفي الإجارات يحصل في المنافع، ليس على ظاهره، بل الأعيان لا يَمْلكُهَا إلاّ الله تعالى؛ لأنّ الْمِلْكَ هو التّصرّف، ولا يتصرّف في الأعيان إلاّ الله تعالى بالإيجاد والإعدام والإماتة والإحياء، ونحو ذلك، وتصرّف الخلق إنّما هو في المنافع فقط بأفعالهم من الأكل، والشّرب، والمحاولات، والحركات، والسّكنات.
قال -أي: المازري-: وتحقيق الْمِلْك أنّه إنْ ورد على المنافع مع ردّ العين فهو الإجارة وفروعها من المساقاة، والمجاعلة، والقراض، ونحو ذلك.
وإنْ ورد على المنافع مع أنّه لا يردّ العين بل يبذلها لغيره بعوضٍ أو بغير عوضٍ، فهو البيع، والهبة، والعقد في الجميع إنّما يتناول المنفعة».
وهذا في نظري تكلّفٌ؛ فإنّ الفقهاء في قولهم في غاية الدِّقّة، وهو ناتجٌ عن استقرائهم الفاحص في ترتّب الْمُسبّبات على أسبابها، وهم يعلمون ويقرّون أنّ مطلق التّصرّف في الكون والخلق لله سبحانه وتعالى، ولا يَمْلك أحدٌ التّصرّفات =

٢-أنّ ثبوت حقّ الْمِلْك يسوّغ انتقاله إلى الورثة ولو مع وجود المنع من التّصرّف؛ كالمحجور عليهم، فإنّ الْمِلْكَ ثابتٌ لهم، وليس لهم المكنة من التّصرّف في تلك الأعيان الْمَمْلوكة؛ وذلك لأمورٍ خارجةٍ غير مزيلةٍ للملك فلا يمنع الانتقال[١].

٣-أنّ حَقّ الَخيارات في عقود المعاملات ثابتةٌ له؛ لأنّها صفةٌ للعقد، فتنتقل إلى الورثة وتُورَثُ عنه[٢].

٤-وجميع الخيارات من حقوق الأموال إلاّ صورتين: حدّ القذف، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع في الأعضاء؛ فإنّهما تنتقلان للوارث وهما ليسا بمالٍ؛ وإنّما تنتقل لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مُوَرِّثه والجناية عليه، وأمّا القصاص في النّفس؛ فإنّه لا يورث؛ لأنّه لَم يثبت للمجنِي عليه قبل موته، وإنّما ثبت للوارث ابتداء؛ لأنّ استحقاقه فرع زهوق النّفس فلا يقع إلاّ للوارث بعد موت المورِّث، وأمّا حق القصاص فثابتٌ له؛ فيورث عنه[٣].

=

المذكورة إلاّ الله، إلاّ أنّه سبحانه وتعالى قد جعل أسباباً ورتّب عليها مُسبَّباتها؛ فجعل عقد البيع سبباً لإباحة العينِ للمشتري والثّمن للمبيع، وجعل عقد النّكاح سبباً لإباحة الفروج، يَملك به كلٌّ من الزّوجين حقّ الاستمتاع دون العين، وجعل عقد الإجارة سبباً لإباحة المنافع دون العين، وقس على ذلك. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

(١) انظر: الفروق ٢١١/٣.

(٢) انظر: الفروق ٢٧٧/٣-٢٧٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٢٢/٥، والفروق ٢٧٩/٣، وتهذيب الفروق ٢٨٤/٣.

٥-أنّ عقود المعاوضات اللازمة تورث، ولا تنفسخ بِموت أحد العاقدين؛ كالبيوع والإجارات(١).

٦-أنّ الحقّ الثّابت بولاية التّصرّف دون الْملك لا تُورَثُ ولا تَنْتَقِل إلى الورثة، مثل التّصرّف بالوصية في مال اليتيم، والوكالة في حقّ مُوَكِّله، وتصرّف القضاة في أموال الغائبين والمجانين؛ فإنّ هذه الطّوائف لهم التّصرّف بغير ملْك فلا يورث، ولأنّه حقّ يزول بعزله فزواله بالموت أولَى(٢).

٧-أنّ الحقّ الثّابت الرّاجع إلى الاعتقادات مثل: اللّعان، أو الشّهوة مثل: الزّوجة واختيار الأربع وإحدى الأختين، أو الفكرة مثل: قضاؤه وابتكاره وتأليفه، كلّ هذه الحقوق لا تُورَثُ عنه فلا تنتقل إلى الورثة؛ لأنّها ليست بِمالٍ ولا تؤول إلى مال(٣).

٨-أنّ الحقّ الثّابت بالإباحاتِ في الضّيافات لا تُورَث؛ فإنّ الضّيافة مأذونٌ فيها وليست مَمْلوكةً له على الصّحيح، فلا يورث عنه ما لا يَملكه؛ لأنّه يزول بِمنعه وبالموت أولَى(٤).

٩-وكذا الحقّ الثّابت بالاختصاصات في الأماكن العامة والمشاعة؛ كالمساجد ومقاعد الأسواق والمدارس والوظائف وما يجري مجراها؛ فإنّ هذه الأمور لا مِلْك فيها مع وجود الْمَكنة الشّرعية أو العرفية من

---

(١) وقال الحنفية بفسخ عقد الإجارة بالموت.
انظر: مختصر القدوري ص ١٠٥، والهداية ٣/٢٥٠، والمعونة ٢/١٠٩٦، ومجتهد المجتهد ٣/٤٣٨، وشرح منتهى الإرادات ٤/٣٢-٣٣.

(٢) انظر: الفروق ٣/٢١٠.

(٣) انظر: الفروق ٣/٢٧٦-٢٧٧.

(٤) انظر: الفروق ٣/٢١٠.

التّصرّف في هذه الأمور؛ لأنّه حقٌّ يزول وينتهي بانتهاء علاقته بهـــا، فلأن يزول وينتهي بالموت أولَى[1].

١٠-أنّ الولاءِ حَقٌّ يُورَثُ بِهِ، ولا يُورَثُ، وهو كالنَّسبِ[2].

١١-حيث ثبت انتقال الحقوق إلى الورثة؛ فإنّهم يرثونها الأقرب فالأقرب، وأمّا الوارث بالشّفعة؛ فيدخل فيه العصبات، وذوو الفروض والرّحم، وأمّا الوارث لِحدّ القذف؛ فكذلك، وقيل: يختصّ بالعصبة، وقيـــل: بِما عدا الزّوجين[3].

---

(١) انظر: الفروق ٣/٢١٠، و٢١٢.

(٢) انظر: المقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٨/٤٤٢-٤٤٣.

(٣) انظر: قواعد ابن رجب ص ٦٦١.

المبحث الرّابع: الضّابط الرّابع والثّلاثون [٣٤]

[كلّ مَنْ صَحَّ أنْ يكون راهناً صَحَّ أن يكون مُرتَهِناً]

ذكر هذا الضّابط عند ذكره لأركان الرَّهْن؛ حيث قال: «الرّكن الأوّل: فأمّا الرّاهن فلا خلاف أنّ مِنْ صفته أن يكون غير مَحجورٍ عليه[1]، من أهل السّداد[2].

الوصيّ يرهن لِمَن يلي النّظر عليه إذا كان ذلك سداداً، ودعت إليه الضّرورة عند مالك[3].

وقال الشّافعي: يرهن لِمصلحةٍ ظاهرةٍ[4].

ويرهن المكاتَبِ[5]، والمأذون عند مالك[6]. قال سحنون: فإنْ ارتهن

---

(١) المحجور عليه، من حَجَرَ حَجْراً، وهو مَنْعُ مالكٍ من تصرّفاته في ماله، وهو على نوعين: **الأوّل**: حَجْرٌ تَامٌّ، وهو وقوع جميع التّصرّفات للمَحْجُورِ عليه كلّها باطلةً، وسببه: الجنون، وعدم التّمييز في الصّغير.
النّوع الثّاني: حَجْرٌ نَاقصٌ، وهو وقوع بعض التّصرّفات للمَحْجُورِ عليه باطلةً دون بعضٍ، وسببه: السَّفَهُ، والإفلاسُ، ومرض الموت.
انظر: منتهى الإرادات ١/٣٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/٤٣٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٥٤.

(٢) انظر: عقدالجواهر٢/٧٧١،ومختصر المزني ص١٤٧، والمهذّب ٢/١٤٤، و٢١٥، والمجموع ١٢/٢٤٦.

(٣) انظر: المعونة ٢/١١٧٦-١١٨٠، وجامع الأمّهات ص ٣٨٦.

(٤) انظر: المهذّب ٢/٢١٠، و٢١٥، والمجموع ١٢/٢٤٦.

(٥) وقال به الشّافعية والحنبالة.
انظر:عقدالجواهر٢/٧٧١،والمهذّب٢/١٤٤،ومنتهى الإرادات١/٢٨٦،وشرح منتهى الإرادات٣/٣٣٤.

(٦) وقال به الشّافعية والحنابلة.

=

في مالٍ أسلفه لَمْ يَجُز، وبه قال الشّافعي[(١)].

واتّفق مالك والشّافعي على أنّ المفلس[(٢)] لا يجوز رهنه[(٣)].

وقال أبو حنيفة: يَجوز[(٤)].

واختلف قول مالك في الذي أحاط الدَّين بماله هل يجوز رَهْنُهُ؟ أعني: أيلزم أم لا؟ فالمشهور عنه أنّه يجوز، أعني: قبل أن يفلس، والخلاف آيل إلى: آلْمُفْلِس مَحجور عليه أم لا؟[(٥)].

=

انظر: عقدالجواهر ٢/٧٧١،والمهذّب ٢/١٤٤،ومنتهى الإرادات ١/٢٨٦، و٢٨٧.

(١) والحنابلة.

انظر: عقد الجواهر ٢/٧٦٦-٧٦٨، والمهذّب ٢/١٤٤، و١٨٧، و١٨٩، ومنتهى الإرادات ١/٢٨٢، و٢٨٦، وشرح منتهى الإرادات ٣/٣١٤، و٣٣٦، و٣٤٥.

(٢) الْمُفلس هو: مَنْ عليه دَينٌ حال يَعجز عنه.

أو هو: مَنْ كان دَيْنُهُ أكثَرَ مِن ماله، وخَرْجُهُ أَكْثَرُ مِنْ دَخْله.

انظر: منتهى الإرادات ١/٣٠٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/٤٣٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤١٦.

(٣) وهو مذهب الحنابلة.

انظر: المعونة ٢/١١٨١، وجامع الأمّهات ص ٣٨٥، ومختصر المزني ص ١٤٦، والمهذّب ٢/١٨٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/٣٣٧، و٣٤٧.

(٤) لأنّه لا حَجْر عليه عنده. انظر: مختصر القدوري ص ٩٦، والهداية ٣/٢٨٥.

(٥) فيه قولان: **الأوّل**: عدم الحجر على الْمُفلس بسبب الدَّين وبه قال الحنفية.

القول الثّاني: جواز حجره إذا طلب غرماؤه، فحجر عليه القاضي، ومنعه من البيع والتّصرّف والإقرار حتّى لا يضرّ بالغرماء. وبه قال المالكية والشّافعية والحنابلة وصاحبا أبي حنيفة.

انظر: مختصر القدوري ص ٩٦، والهداية ٣/٢٨٥، والمعونة ٢/١١٨١، وعقد الجواهر ٢/٧٧١، وجامع الأمّهات ص ٣٨٥، ومختصر المزني ص ١٤٩، والمهذّب ٢/١٨٩، و٢١٠، والمغني ٦/٤٤٦، و٤٤٧، ومنتهى الإرادات ١/٣٠٥، وشرح

=

وكلّ مَنْ صَحَّ أَنْ يكونَ راهناً صَحَّ أن يكون مُرْتَهِناً»[1].

توثيقه:

هذا الضّابط ورد مفاده في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «وأمّا -الشّرط- الذي يرجع إلى الرّاهن والمرتهن فعقلهما؛ حتّى لا يجوز الرّهن والارتهان من المجنون والصّبيّ الذي لا يعقل»[2].

ما جاء في عقد الجواهر: «يصحّ الرّهن مِمَّن يصحّ منه البيع؛ فلا يرهن المحجور عليه. والمكاتَب والمأذون له يرهنان ويرتهنان، ولا يرهن أحد الوصيّين إلاّ بإذن صاحبه»[3].

ما جاء في المختصر: «ولا معنًى للرّهن حتّى يكون مقبوضاً مِن جائز الأمر حين رَهَنَ، وحين أَقْبَضَ، وما جاز بيعُهُ جاز رَهْنُهُ»[4].

ما جاء في المهذّب: «ولا يصحّ الرّهن إلاّ مِنْ جائز التّصرّف في المال؛ لأنّه عقدٌ على المال؛ فلم يصحَّ إلاّ مِنْ جائز التّصرّف في المال كالبيع»[5].

وجاء في تكملة المجموع: «لا يصحّ الرّهن إلاّ مِن جائز التّصرّف في المال، فأمّا الصَّبيّ والمجنون والمحجور عليه؛ فلا يصحّ منه الرّهن؛ لأنّه عقدٌ على المال، فلم يَصِحَّ منهم كالبيع. وقال الشّافعي رضي الله عنه : كلُّ مَنْ جاز بيعُهُ

=

منتهى الإرادات ٤٣٧/٣.

(١) بداية المجتهد ٥١/٤.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ١٩٥/٥.

(٣) عقد الجواهر لابن شاس ٧٧١/٢.

(٤) كتاب مختصر المزني ص ١٣٦.

(٥) المهذّب للشّيرازي ١٤٤/٢.

مِنْ بالغٍ حُرٌّ غير محجورٍ عليه جاز رَهْنُهُ، ومَنْ جاز له أن يرهن أو يرتهن مِنَ الأحرار؛ فإذا جازت هبته في ماله جاز له رهنه بلا نظرٍ»(١).

وفيه أيضاً: «أمّا شروط الرّهن فأَنْ يكون الرّاهن والمرتهن ممَّن تَحقّقت فيهما أهلية البيع؛ فلا يصحّ عقد الرّهن مِن مجنونٍ وصبِيٍّ غير مُمَيَّزٍ»(٢).

ما جاء في المغني: «الرّاهن الذي يَرهن ويقبض، يكون جائز التّصرّف في ماله،وهو الحرّ الْمُكَلَّف الرّشيد،ولا يكون محجوراً عليه لصغرٍ، أو جنونٍ، أو سفهٍ، أو فَلَسٍ، ويعتبر ذلك في حال رهنه وإقباضه»(٣).

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: «و-الشّرط- الثّالث: كون راهنٍ ممَّن يصحّ بيعُهُ وتَبرُّعُهُ؛ لأنّه نوعُ تصرُّفٍ في المال، فلم يصحَّ إلاّ من جائز التّصرّف؛ كالبيع»(٤).

شرح مفردات الضّابط:

الرّهن، لغة: الثّبوت والدّوام، ويُجمع على: رِهَان، ورُهُنٍ، ورُهُون(٥).

وشرعاً: احتباس العين وثيقةً بالحقّ ليستوفَى الحقّ من ثَمنه أو ثَمن منافعها عند تعذّر أخذه من الغريم مفردةً كانت أو مشاعة(٦).

---

(١) تكملة المجموع للمطيعي ٢٤٦/١٢.

(٢) تكملة المجموع للمطيعي ٢٤٦/١٢.

(٣) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٤٤٦/٦.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣٧/٣.

(٥) انظر: المفردات ص ٢١٠، وأسرار البلاغة ص ٢٦٢، والمصباح المنير ص ٩٢.

(٦) انظر: التّلقين ص ٤١٥، وانظر: الهداية ١٢٦/٤، و١٢٧، وعقد الجواهر ٧٦٦/٢، و٧٧٥، والقوانين الفقهية ص٢١٢، وحدود ابن عرفة٤٠٩/٢،ومختصر المزني ص١٤١، وفتح الباري ١٦٦/٥، والمغني ٤٤٣/٦، ومنتهى الإرادات ٢٨٥/١، =

الْمعنَى الإجمالي للضّابط:

الرّاهن هو صاحب الرقبة المرهونة، والمرتهن هو القابض للعين توثيقاً لحقّه، ويمكّنه استيفاء حقّه منها حال عجز مدينه من السّداد، وكلّ مَن صحَّ أن يرهن صحَّ أن يرتهن.

وأمّا الرّهن؛ فلا خلاف[1] بين أهل العلم قاطبة في مشروعيّته وجوازه، والأصل في ذلك الكتاب والسّنة والإجماع.

أمّا الكتاب فقوله -تعالى-: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[2].

قال في الجامع: «لَمّا ذكر الله -تعالى- النّدب إلى الإشهاد والكَتْب لمصلحة حفظ الأموال والأبدان عقّب ذلك بذكر حال الأعذار المانعة من الكَتْب، وجعل لها الرّهن ونصّ مِن أحوال العذر على السّفر الذي هو غالب الأعذار،لاسيما في ذلك الوقت لكثرة الغزو، ويدخل في ذلك بالمعنَى كلّ عذر،فرُبَّ وقتٍ يتعذّر فيه الكاتب في الحضر؛كأوقات أشغال النّاس، وباللّيل، وأيضاً فالخوف على خراب ذمّة الغريم عذرٌ يوجب طلب الرّهن»[3].

=

وشرح منتهى الإرادات ٣٣٢/٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩٤، و٢٠٤.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٩٢، والرّسالة ص ٢٣١، والتّلقين ص ٤١٥، والمقدّمات ٣٦١/٢-٣٦٣، ومختصر المزني ص ١٣٥-١٤٥، والمهذّب ١٤٤/٢، وشرح مسلم ٤١/١١، والمجموع ٢٤٥/١٢، وفتح الباري ١٦٦/٥، والمغني ٤٤٣/٦، وزاد المستقنع ص ٧٦-٧٧.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٣) الجامع لأحكام القرآن المشهور بتفسير القرطبي ٣٨٦/٣، وانظر: أحكام ابن

=

أمّا السّنة فأحاديث منها: أنّ النّبيّ ﷺ رَهن دِرعاً له بالمدينة عند يهودِيٍّ، وأخذ منه شعيراً لأهله(١).

ولأنّه وثيقةٌ بالحقّ كالكفالة؛ ليكون شاهداً للدّائن، ولاستيفاء حقّه منه حالة عجز مدينه من السّداد(٢).

ولأنّ الحقّ يتعلّق تارةً بالذّمة وتارة بعين المال؛ فوجب أن يكون التّوثيق منه بِمَنْزلته في تعلّقه بالأمرين(٣).

فهذا الضّابط من ضوابط المعاملات في باب الرّهن، والرّهن متوقّفٌ على أربعة أركان(٤) هي:

=

العربي ١/٣٢٨.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٥٤/٤، كتاب البيوع، باب شراء النّبيّ ﷺ بالنّسيئة، برقم: (٢٠١٧)، ومسلم في صحيحه ١٢٢٦/٣، كتاب المساقاة، باب الرّهن وجوازه في الحضر والسّفر، برقم: (١٦٠٣).

(٢) انظر: المقدّمات ٣٦٤/٢-٣٦٥، والمجموع ٢٤٥/١٢، وفتح الباري ١٦٦/٥، والمغني ٤٤٩/٦، وشرح منتهى الإرادات ٣٣٧/٣.

(٣) انظر: الهداية ١٢٦/٤، والمعونة ١١٥١/٢، والمقدّمات ٣٦١/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٣٣/٣.

(٤) وهذا الذي عليه جمهور الفقهاء ومنهم: المالكية والشّافعية والحنابلة.
وذهب الحنفية إلى أنّ ركن عقد الرّهن هو الصّيغة فقط وهي: الإيجاب والقبول. قال في بدائع الصّنائع ١٩٥/٥: «وأمّا ركن عقد الرّهن فهو الإيجاب والقبول، وهو أنْ يقول الرّاهن: رهنتك هذا الشّيءَ بما لَكَ علَيّ من الدَّين، أو يقول: هذا الشّيء رهنٌ بِدَينكَ، وما يجري هذا المجرى، ويقول المرتهن: ارْتَهَنْتُ أو قَبِلْتُ أو رَضِيتُ وما يجري مجراه، فأمّا لفظ الرّهن فليس بشرط؛ حتّى لو اشترى شيئاً بدراهم ودفع إلى البائع ثوباً وقال له: أَمْسِك هذا الثّوبَ حتّى أعطيكَ الثّمن؛ فالثّمن رَهْنٌ؛ لأنّه أتى بِمعنَى العقد، والعبرة في باب العقود للمعاني».

=

الرّكن الأوّل: المرهون، وهو: عينٌ معلومةٌ، جُعِلَت وثيقةً بِحقٍّ يُمكن استيفاؤه، أو بعضه منها، أو ثَمنها[1].

وشرطه أن يكون مِمّا يُمكن أن يُستوفَى منه، أو مِن ثَمنه، أو مِن ثَمن منافعه الدَّين الذي رهِن به أو بعضه.

ولا يُشترط كونه عيناً؛ فيصحّ رهن الدَّين مِمَّن هو عليه، ومن غيره، ولا يُشترط فيه الإبراز، بل يصحّ رهن المشاع[2].

الرّكن الثّانِي: المرهون به، وله شرطان:

الشّرط الأوّل: أن يكون دَيناً في الذّمة يمكن استيفاؤه من الرّهن.

الشّرط الثّانِي: أن يكون لازماً أو صائراً إلى اللّزوم بعد أَنْ لم يكن لازماً؛ كالجعل بعد العمل.

وليس من شرط الدَّين أن يكون ثابتاً قبل الرّهن ولا مقارناً، بل لو قال: قد رهنت عندك سيارتِي هذه على أن تقرضنِي غداً ألف ريال،أو على أن تبيعنِي الثّوب،ثم استقرض أو ابتاع؛ فإنّ الرّهن يلزم، ويجب تسليمه إليه.

الرّكن الثّالث: الصّيغة، ولا يتعيّن لفظ الإيجاب والقبول فيها بل يقوم

=

انظر: مختصر القدوري ص ٩٢-٩٤، وبدائع الصّنائع ٥/٢٠٠، والمعونة ٢/١١٥٥، وعقد الجواهر ٢/٧٦٦-٧٧١، ومختصر المزني ص ١٣٦، والمهذّب ٢/١٤٤، والمجموع ١٢/٢٤٦-٢٤٧، والمغني ٦/٤٤٦، ومنتهى الإرادات ١/٢٨٥-٢٨٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/٣٣٢-٣٤٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩٤.

(١) انظر: منتهى الإرادات ١/٢٨٥، وشرح منتهى الإرادات ٣٣٢-٣٣٣.

(٢) واشترط ذلك كلّه الحنفية؛ فلا يصحّ عندهم رهن الدَّين مطلقاً، ولا رهن المشاع. انظر: مختصر القدوري ص ٩٢، بدائع الصّنائع ٥/٢٠٠.

مقامه كلّ ما شاركه في الدّلالة على المفهوم منه.

الرّكن الرّابع: العاقدان، وهما: الرّاهن، وهو الدّائن[1] مالك المرهون، الذي استقرض، والمرتهن وهو المدين صاحب الدَّين الذي أخذ الرّهن في نظير دَيْنِه، ويجوز الرّهن والارتهان مِمَّن يصحّ منه البيع.

وموضوع الضّابط هو الرّكن الأخير من هذه الأربعة، وهو:العاقدان:الرّاهن والمرتهن، لبيان مَنِ الذي يجوز ويصحّ أن يكون راهناً، وما هي الشّروط والضّوابط للرّاهن والمرتهن؟

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

تقدّم أنّه لا خلاف بين الفقهاء في الجملة في مفاد هذا الضّابط، وأنّ الذي صحّ أن يكون راهناً صحّ أن يكون مُرتَهِناً، ولكن اختلفوا في الشّروط والضّوابط على ما يلي:

المذهب الأوّل: ذهب الحنفية إلى أنّه يشترط للرّاهن والمرتهن العقل؛ فلا يجوز الرّهن والارتهان من المجنون والصّبيّ الذي لا يعقل.

وأمّا البلوغ فليس بشرطٍ، وكذا الحرية؛ فيجوز من الصَّبِيّ المأذون والعبد المأذون.

وعلّلوا لذلك بأنّ ذلك من توابع التّجارة،فيملكه مَنْ يَملك التّجارة.

---

(١) ويُطْلَق (الدّائن) على مَنْ يأخذ الدَّين، بناءً على أنّ فعل (دَانَ) لازمٌ، فلا يقال منه:(مَدينٌ)ولا(مَدْيونٌ)؛ لأنّ اسم المفعول إنّما يكون مِنْ فعلٍ متعدٍّ، وهذا الفعل لازمٌ، ويُتَعدَّى بالزّيادة على بنية الفعل.
وقيل: يُسْتَعْمَل لازماً ومُتَعَدِّياً؛ فيُقَالُ: دنْتُه، أي: أقرضت منه، فهو مَدينٌ ومَدْيونٌ، واسم الفاعل منه دائنٌ، فيكون الدّائن مَنْ يأخذ الدَّين على اللّزوم ومَنْ يعطيه على التّعدي. انظر: المصباح المنير ص ٧٨.

ولأنّ الرّهن والارتهان مِنْ باب إيفاء الدَّين واستيفائه، وهما يَمْلكان ذلك[١].

المذهب الثّاني: يصحّ الرّهن مِن جائز التّصرّف في المال؛ فيصحّ مِمَّن يصح منه البيع؛ فلا يرهن المجنون، والصَّبيّ غير الْمُمَيّز، والمحجور عليه.

وأمّا المكاتَب والمأذون له فيرهنان ويرتهنان. وبه قال المالكية، والشّافعية والحنابلة[٢].

واتّفق الجميع[٣] على أنّ السّفر ليس شرطاً لِمَنْ يكون راهناً أو مرتَهِناً، فيصحّ الرّهن والارتهان في الحضر من المقيم الحاضر، وقالوا: إنّ ذكر السّفر في قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[٤]، خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له.

ولأنّ ما شرع له الرّهن وهو الحاجة إلى توثيق الدَّين يوجد في حالي السّفر والإقامة.

وأيضاً فإنّ الرّهن شرع عن تواء الحقّ بالجحود والإنكار، وتذكّره

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٩٥/٥، والهداية ١٢٦/٤-١٢٧.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٧٧١/٢، والمهذّب ١٤٤/٢، والمجموع ٢٤٦/١٢-٢٤٧، ومنتهى الإرادات ٢٨٦/١، و٢٨٧، وشرح منتهى الإرادات ٣٣٤/٣، و٣٣٧.

(٣) ولم يخالف إلاّ مجاهد والضّحاك فيما نقله الطّبري عنهما، وبه قال داود وأهل الظّاهر، قال ابن حزم في المحلّى ٣٦٢/٦: «مسألة: ولا يجوز اشتراط الرّهن إلاّ في البيع إلى أجلٍ مُسَمًّى في السّفر...»، وحمل الحديث على ذلك.
انظر: بدائع الصّنائع ١٩٥/٥، والمعونة ١١٥٢/٢، والمهذّب ١٤٤/٢، والمجموع ٢٤٦/١٢-٢٤٧، وشرح منتهى الإرادات ٣٣٢/٣، وانظر أيضاً: تفسير القرطبي ٣٨٦/٣-٣٨٧، وشرح مسلم ٤١/١١.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

عند السّهو والنِّسيان[١].

قال في الإجماع: «وأجمعوا على أنّ الرّهن في السّفر والحضر جائزٌ، وانفرد مجاهد؛ فقال: لا يَجوز في الحضر»[٢].

قال في فتح الباري بعد أن ذكر مَنْ خالف واشترط السّفر: «...وعرف بذلك الرّدّ على مَنْ اعترض بأنّه ليس في الآية والحديث تعرّضٌ للرّهن في الحضر»[٣].

من أدلّة الضّابط:

يستدلّ لثبوت الضّابط وصحّته بعموم الأدلّة السّابقة من القرآن والسّنة والمعقول،الدّالّة على مشروعية الرّهن؛ذلك أن الرّهن عقدٌ من عقود التّوثيقات والمعاوضات، فينبغي أن يستوي طرفا الإيجاب والقبول فيه.

من تطبيقات الضّابط:

١-أنّه لا يصحّ الرّهن إلاّ أن يكون مقبوضاً من شخصٍ جائزِ الأمر، أي: التّصرّف، فكذا لا يصحّ إلاّ أن يكون مقبوضاً لشخصٍ جائز الأمر، بناءً على هذا؛

٢-لو حُجِرَ على الرّاهن لفلسٍ قبل التّسليم لم يكن له تسليمه؛ لأنّه غير جائز الأمر، وفيه تخصيصٌ للمُرتَهِن بِثَمَنٍ، وليس له تخصيص بعض غرمائه.

٣-وإنْ حُجِرَ عليه لسَفَهٍ، قام وَلِيّه مقامه كالمجنون.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٩٥/٥، وتفسير السّعديّ ص ١١٩-١٢٠.

(٢) إجماع ابن المنذر ص ٥٧، ف (٥١٦).

(٣) فتح الباري لابن حجر ١٦٦/٥، وانظر منه: ٣٥٤/٤، وشرح مسلم ٤١/١١.

٤-وإنْ أُغْمِيَ عليه لَم يكن للمرتهن قبضُ الرّهن، وليس لأحد تقبيضه؛ لأنّ الْمُغْمَى عليه لا ولاية عليه، وكذا إنْ أغْمِي على الْمُرتَهِن، لم يكن لأحدٍ أن يقوم مقامه في قبض الرّهن[1].

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٩٥/٥، وعقد الجواهر ٧٧١/٢، وجامع الأمّهات ص ٣٧٦-٣٧٩، والمهذّب ١٤٤/٢، والمجموع ٢٤٦/١٢-٢٤٩، ومختصر الخرقي ٤٤٥/٦، والمغني ٤٤٦/٦-٤٤٨.

المبحث الخامس: القاعدة الخامسة والثّلاثون [٣٥]

[الصّفة إنّما تنوبُ عن المعاينة لِمكان غيبة المبيع أو لِمكان المشقّة التي في نشره]

ذكر هذه القاعدة ضمن المسائل المسكوت عنها في باب البيوع؛ حيث قال: «المبيعات على نوعين: مبيعٌ حاضرٌ مَرْئِيٌّ، فهذا لا خلاف في بيعه[1].

ومبيعٌ غائبٌ، أو مُتَعَذِّرُ الرّؤية، فهنا اختلف العلماء؛ فقال قومٌ: بيع الغائب لا يجوز بحالٍ من الأحوال، لا مَا وُصِفَ، ولا مَا لَمْ يُوصَفْ، وهذا أشهر قولِي الشّافعي، وهو المنصوص عند أصحابه، أعنِي: أنّ بيع الغائب على الصّفة لا يَجوز[2].

---

(١) قال ابن المنذر في إجماعه ص ٥٥ ف: (٥٠٣): «وأجمعوا على أنّ مَنْ باع معلوماً من السِّلَع حاضراً بمعلومٍ من الثّمن، قد أحاط البائع والمشترِي بالسِّلعة معرفةً، وهما جائزا الأمر، أنّ البيع جائزٌ».
وانظر: مراتب الإجماع ص ٨٣، ومختصر القدوري ص ٧٨، وبدائع الصّنائع ٣٥٥/٤، و٤٤٤، و٥٧١، والمدوّنة ٢٥٥/٣-٢٦٤، والتّفريع ١٧٠/٢، ورسالة القيرواني ص ٢١٦، والتّلقين ص ٣٦١، الاستذكار ٤٧٨/٥-٤٧٩، والمعونة ٩٧٨/٢، والمقدّمات ١٩/٢، وعقد الجواهر ٦٢٣/٢، ومختصر خليل ص ١٧٠-١٧١، ومختصر المزني ص ١٢٨، والمهذّب ٣/٢، و١٩-٢٧، والمجموع ١٨٠/٩، و٢١١، و٢١٧، والمغني ٥/٦، و٣٣، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٩٤/١١-١٠١، و٢٧٦/١٤، والفروع ١٤٣/٦، وزاد المستقنع ص ٦٧، وشرح منتهى الإرادات ١٢٥/٣، و١٣٦، والمحلّى ٢١٤/٧.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ١٢٨، والمهذّب ٢٤/٢-٢٧، والمجموع ٢١١/٩- =

وقال مالكٌ وأكثر أهل المدينة: يَجوز بيع الغائب على الصّفة، إذا كانت غَيبَتُهُ ممَّا يُؤمَنُ أن تَتغَيَّر فيه قبل القبض صفَتُهُ[(١)].

وقال أبو حنيفة: يَجوز بيع العين الغائبة من غير صفةٍ، ثم له إذا رآها الخيار؛ فإنْ شاء أَنْفَذَ البيعَ، وإنْ شار رَدَّه.

وكذلك المبيع على الصّفة من شرطه عندهم: خيار الرّؤية، وإن جاء على الصّفة.

وعند مالك: أنّه إذا جاء على الصّفة فهو لازمٌ[(٢)].

وعند الشّافعي: لا ينعقد البيع أصلاً في الموضعين[(٣)].

وقد قيل في المذهب: يَجوز بيع الغائب من غير صفةٍ على شرط

=

٢٢٣،والمحلّى ٧/٢٩٤.

(١) وهو مذهب الحنفية والحنابلة والظّاهرية.

انظر: مختصر القدوري ص٧٨، و٨١، و٨٨، وبدائع الصّنائع٤/٥٧١-٥٧٧، والمدوّنة ٣/٢٥٥-٢٦٤، ورسالة القيرواني ص ٢١٦، والتّلقين ص ٣٦١-٣٦٢، والمعونة ٢/٩٧٨، والتّمهيد ١٢/٢١١، والاستذكار ٥/٤٦٥، والفروق ٣/٢٤٧-٢٥١، و٢٥٩، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٩٤-١٠١، والفروع ٦/١٤٣، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٥، و١٣٦، والمحلّى ٧/٢١٤، و٢٢١، و٢٨٦، و٢٩٤.

(٢) وهو مذهب الحنابلة والظّاهرية.

انظر: المدوّنة ٣/٢٥٥، ورسالة القيرواني ص ٢١٦، والتّلقين ص ٣٦٢، والمعونة ٢/٩٧٩، والتّمهيد ١٢/٢١١، والمقدّمات ٢/٧٧، والاستذكار ٥/٤٧٨، ومختصر خليل ص١٧٠-١٧١، ومواهب الجليل والتّاج ٦/١١٥، و١٢٠، والمقنع ١١/٩٥، والفروع ٦/١٤٣-١٤٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٥، و١٣٦، والمحلّى ٧/٢٢١.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ١٢٨، والمهذّب ٢/٢٤-٢٧، والمجموع ٩/٢١١-٢٢٥، وروضة الطّالبين ٣/٣٧٠.

الخيار -خيار الرّؤية-، وقع ذلك في المدوّنة[١]، وأنكره عبد الوهّاب[٢]، وقال: هو مُخَالِفٌ لأصولنا[٣].

وسبب الخلاف: أنقصان العلم المتعلّق بالصّفة عن العلم المتعلّق بالْحسّ هو جهلٌ مؤثّرٌ في بيع الشّيء؛ فيكون مِنَ الغرر الكثير، أم ليس بمؤثّرٍ، وأنّه مِنَ الغرر اليسير المعفو عنه؟

فالشّافعي رآه مِن الغرر الكثير[٤]، ومالكٌ رآه من الغرر اليسير[٥]، وأمّا أبو حنيفة؛ فإنّه رأى أنّه إذا كان له خيار الرّؤية، أنّه لا غرر هناك، وإِن لم تكن له رؤية[٦].

---

(١) ٣/٢٥٥-٢٦٤، وهو مذهب الحنابلة.
انظر: الفروع ٦/١٤٣-١٤٥، ومنتهى الإرادات ١/٢٤٣،و٢٤٦.

(٢) هو: أبو محمّد الفقيه القاضي عبد الوهّاب بن محمّد بن نصر البغدادي، أحد أئمة الفقه، وأعيان علماء الإسلام، فقيهٌ أصوليٌّ أديبٌ، صاحب تصانيف بديعة مفيدة منها: التّلقين، والمعونة، والإشراف، وشرح رسالة القيرواني، تُوفِّيَ رحمه الله سنة: (٤٢٢هـ).
انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ١١/٣١، وترتيب المدارك ٧/٢٢٠-٢٢٦، والدّيباج المذهب ص٢٦١، وشجرة النّور ١/١٠٣، ومقدّمة قواعد الفقه الإسلامي ص٤٣.

(٣) كذا أنكره ابن القصّار وأبو بكر الأبهري والمازري من المالكية، وقدّمه ابن قدامة في المقنع، وهو مذهب الشّافعية؛ لأنّهم لا يرون جواز بيع الغائب مطلقاً أصلاً.
انظر: التّفريع ٢/١٧٠،والمعونة٢/٩٧٨،والتّلقين ص٣٦٢،وعقدالجواهر ٢/٦٢٧، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٣٣، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٩٥.

(٤) انظر: مختصر المزني ص ١٢٨، والمهذّب ٢/٢٤-٢٧، والمجموع ٩/٢١١-٢٢٣، وشرح مسلم ١٠/٣٩٦.

(٥) انظر: المدوّنة ٣/٢٥٥، ورسالة القيرواني ص ٢١٦، والتّلقين ص ٣٦٢، والفروق ٣/٢٥٩، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٣٣-١٣٤، والتّاج والإكليل ٦/١١٥، وتهذيب الفروق ٣/٢٤٧.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٥، و٥٧١-٥٧٣، والهداية ٣/٣٢-٣٥.

وأمّا مالك فرأى أنّ الجهل المقترن بعدم الصّفة مؤثّرٌ في انعقاد البيع[(١)].

ولا خلاف عند مالك أنّ **الصّفة إنّما تنوب عن المعاينة لمَكَان غيبة الْمَبيع، أو لمَكانِ الْمَشَقَّة التي في نشره**، وما يُخَافُ أَنْ يَلْحَقَهُ من الفساد بتكرار النّشر عليه، ولهذا أجاز البيع على البرنامج[(٢)] على الصّفة، ولَمْ يَجُزْ عنده بيع السّلاح في جرابه، ولا الثّوب المطويّ في طيّه حتّى يُنْشَرَ، أو يُنْظَرَ إلى ما في جرابها[(٣)]»[(٤)].

توثيق القاعدة:

ورد ذكر مفاد القاعدة في كتب الفقهاء منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «وأمّا العلم بأوصاف المبيع والثّمن، فهل هو شرطٌ لصحّة البيع بعد العلم بالذّات، والجهل بها هل هو مانعٌ من الصّحّة؟ قال أصحابنا -الحنفية-: ليس بشرط الصّحّة، والجهل بها ليس بمانعٍ من الصّحّة، لكنه شرطُ اللّزوم؛ فيصحّ بيع ما لَمْ يره المشتري، لكنه لا يلزم»[(٥)].

---

(١) انظر: المدوّنة ٣/٢٥٥-٢٦٤، والفروق ٣/٢٤٧-٢٥١.

(٢) البرنامج هو: العَيِّنَةُ التي تُبَيِّنُ عدد وصفات ما في العدل، وهو من بيوع المرابحة، وهو الذي يُسَمِّيه أهل العراق بيع (ده دوازده).
انظر: التّمهيد ١٢/٢١١، والاستذكار ٥/٤٨٠، والتّلقين ص ٣٦٣، وجامع الأمّهات ص ٣٣٩.

(٣) وهذا محلّ الاتّفاق. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٥٦، المدوّنة ٣/٢٥٥-٢٦٤، والتّمهيد ١٢/٢١١، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٣٣-١٣٤، وتهذيب الفروق ٣/٢٤٦-٢٤٧، والمهذّب ٢/٢٥، والمجموع ٩/٢١٢، والإنصاف ١١/٩٤-١٠١، والفروع ٦/١٤٣-١٤٥، والمحلّى ٧/٢١٤، و٥٨٦.

(٤) بداية المجتهد ٣/٣٠١-٣٠٢، ونقله عنه صاحب تهذيب الفروق ٣/٢٤٧.

(٥) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٣٦٥، وانظر منه: ٣٦١، و٣٦٢-٣٦٣.

وفيه: ((وكذا في الطّوابيق، إذا وصفها بوصفٍ يُعرَف على وجهٍ لا يبقى بعد الوصف جهالةٌ مفضيةٌ إلى المنازعة؛ لأنّ الفساد للجهالة؛ فإذا صار معلوماً بالوصف جاز))[١].

ما جاء في الهداية: ((الوصف يقام مقام الرّؤية، كما في السَّلَم))[٢].

ما جاء في التّلقين: ((المبيعات ثلاثة أنواع: عينٌ حاضرةٌ مَرْئيةٌ، وعينٌ غائبةٌ عن الْمُتَعَاقدَين؛ فيجوز بيعها بالصّفة، ويجب أن تُحْصَرَ بالصّفات المقصودة التي تختلف الأثمان باختلافها، وتقلّ الرّغبة وتكثر لأجلها، ولا يكتَفي بذكر الجنس والنّوع فقط، ولا يجوز بيعها بغير صفةٍ إلاّ أن يكون على رؤيةٍ متقدِّمةٍ من وقتٍ لا تتغيّر في مثله إلى وقت العقد، ولا خيار للمبتاع إذا جاءت على الصّفة، أو على ما يُعْرَف مِنَ الرّؤية، إلاّ أن يشترطه، وله الخيار إنْ جاءت على دون الصّفة، وضمانها من البائع إلاّ يشترطه على المشتري في ظاهر المذهب، ويجوز النّقد فيه بغير شرطٍ، فإن كان بشرطٍ فسد البيع، إلاّ في المأمون؛ كالعقار ونحو ذلك، كبيع الأعدال[٣] على البرنامج؛ فإنّه جائزٌ إذا تبيّن ما تضمنه برنامجه؛ فإن وافق

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٤٤٣.

(٢) الهداية للمرغيناني ٣/٣٤.

(٣) الأعدال: جمع عِدل، وهو صندوقٌ أو ظروفٌ أو نحوه مقفَلٌ على عدّة أثواب بحيث يشقّ حَلُّها، ويُحتَاج إلى مؤنَة في رَدِّها إلى شدادها مع ما يلحقها في الْحَمْلِ وَالشّدّ وتكرار ذلك على كلّ مشترٍ يريدُ رؤيتها من الابتذال لها، والإذهاب لكثيرٍ من حُسْنها. انظر: التّمهيد ١٢/٢١١، والمنتقى ٦/٣٧٧، والقوانين الفقهية ص ١٧٠، والتّلقين ص ٣٦٣، هامش (١)، وجامع الأمّهات ص٣٣٩، هامش(٢)، وشرحي زروق ٢/١٤٤، والمجموع ٩/٢١٨، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٣٧.

الصّفة لزم»[١].

وجاء في الاستذكار: «بيعُ البَرنامج هو مِنْ باب بيع الغائب على الصّفة»[٢].

ما جاء في مواهب الجليل: «الشّيءُ إنّما يُبَاعُ على رؤيةٍ أو على صفةٍ، والحاضر لا يكتفَى فيه بالصّفة على المشهور»[٣].

وفيه أيضاً: «المبيع لا يُباعُ إلاّ برؤيةٍ أو صفةٍ، والصّفة لا يُباع عليها الشّيء الحاضر على الأشهر إلاّ إذا كان في رؤيته مشقّةٌ؛ فيُبَاعُ على الصّفة على الأشهر، والجزاف[٤] لا يكون إلاّ حاضراً فلا يصحّ بيعه إلاّ برؤيةٍ إلاّ أن يكون في الرّؤية مشقّةٌ فيُباعُ على الصّفة»[٥].

وجاء في الْمقنع: «فصلٌ: السّادس: أن يكون مَعلوماً، بُرؤيةٍ أو صفةٍ تَحصل بها معرفته؛ فإنِ اشترى ما لم يَرَهُ، ولم يُوصَفْ له، أو رآه ولم يعلم ما هو، أو ذُكِرَ له مِنْ صفته ما لا يكفي في السَّلَم لَمْ يصِحَّ البيع، وعنه: يصِحُّ وللمشتري خيارُ الرّؤية»[٦].

---

(١) التّلقين للقاضي عبد الوهّاب ص ٣٦١-٣٦٢، وانظر: المعونة ٩٧٨/٢، و٩٨٥، والمنتقى ١٨٧/٦، والفروق ٢٥٩/٣.

(٢) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٤٧٨/٥.

(٣) مواهب الجليل للحطّاب ١٠٠/٦.

(٤) الجِزافُ، والجُزاف، والجَزاف، الحدس والتّخمين في البيع والشّراء، فارسيٌّ مُعرَّبٌ. وبيع الجزاف في عرف الفقهاء هو: بيع شيءٍ وشراؤه من غير كيلٍ ولا وزنٍ ولا عدٍّ. انظر: المصباح المنير ص ٣٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٤٢.

(٥) مواهب الجليل للحطاب ١٠١/٦، وانظر: عقد الجواهر ٦٢٥/٢.

(٦) المقنع لِموفّق الدِّين ابن قدامة ٩٤/١١.

ما جاء في منتهى الإرادات: «-الشّرط- السّادس: معرفة مبيعٍ برؤية متعاقِدَين مقارنةً لجميعه أو بعضٍ يدلّ على بقيته...، أو وصفِ ما يصحّ سَلَمٌ فيه بِما يكفي فيه؛ فيصحّ بيع أعمَى وشراؤه كتوكيله»[١].

ما جاء في المحلّى: «مسألة: البيع قسمان: إمّا بيعُ سلعةٍ حاضرةٍ مرئيةٍ مقلبة بسلعة كذلك، أو بسلعة بعينها غائبة معروفة موصوفة...

والقسم الثّانِي: بيع سلعةٍ بعينها غائبةٍ معروفةٍ أو موصوفةٍ بِمثلها... -ثم قال-:

لَمْ يزلِ المسلمون يتبايعون الضِّيَاعَ[٢] بالصّفة وهي في البلاد البعيدة»[٣].

شرح مفردات القاعدة:

الصّفة: من: وَصَفْتَهُ وصفاً، منْ باب وَعَدَ: نَعَتَّهُ بما فيه، مأخوذٌ من قوله: وَصَفَ الثَّوبُ الجسمَ؛ إذا أظهر حاله، وبيَّنَ هيئتَهُ.

والوَصْفُ: ذكر الشّيء بحلْيَته ونَعْته، ويقال: الصّفة: الحال المنتقلة التي عليها الشّيء من حلْيَته، والنّعت بِما كان في خَلْقٍ أو خُلُقٍ، والجمع: صفات[٤].

المعاينة: من عَايَنَه عِيَاناً، ومَعَايَنةً، أي: شاهده ورآه رأي العين البصرية[٥].

والمراد بها: عينٌ حاضرةٌ مرئيةٌ[٦].

---

(١) منتهى الإرادات للفتوحي ٢٤٦/١، وانظر: الفروع ١٤٣/٦.

(٢) الضِّياع، جمع: ضيعَةٍ، وهي العقار. انظر: المصباح المنير ص ١٣٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٥٧.

(٣) المحلّى لابن حزم ٢١٤/٧، و٢١٩.

(٤) انظر: المفردات ص ٥٤٠، وأساس البلاغة ص ٦٧٨، والنّهاية ١٩١/٥، والمصباح المنير ص ٢٥٤، والتّعريفات ص ٢٥٢.

(٥) انظر: المصباح المنير ص ١٦٧.

(٦) انظر: التّلقين ص ٣٦١.

المشقّة: مِنْ شققته شقّاً.

والشِّقُّ: الْمَشَقَّةُ والإنكسارُ الذي يَلْحَقُ النَّفْسَ والبَدَنَ، وذلك كاستعارة الانكسار لها، ومنه قوله تعالى: ﴿**إِلَّا بِشِقِّ ٱلْأَنفُسِ**﴾[١]، أي: بجهدها وقوّتها[٢].

والشُّقَّةُ: النّاحيةُ التي تَلْحَقُك الْمَشَقَّةُ في الوصول إليها، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَلَٰكِنۢ بَعُدَتْ عَلَيْهِمُ ٱلشُّقَّةُ**﴾[٣]. والْمَشَقَّة: الشّدّة[٤].

معنَى القاعدة الإجمالي:

وصف المبيع يقوم مقام معاينته وينوب عنها إذا تعذّرت المعاينة، وتعذُّرُهُ إمّا لأجل غيابه عن مجلس العقد،أو مشقّة نشره وفكّه مع حضوره.

فقد اتّفق فقهاء الإسلام قديماً وحديثاً على اشتراط العلم بالمبيع وثَمنه، أعني: كونهما معلومَين علماً يزيل الشّك، ويَمنع المنازعة والخلاف[٥]، لذلك قرّر الإمام ابن رشد قاعدةً أخرى بقوله: **(أصل التّعامل إنّما هو على عينٍ معروفةٍ ثابتةٍ في عينٍ معروفةٍ ثابتة)**[٦].

---

(١) سورة النّحل، الآية: ٧.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ١٠/٦٦-٦٧، وتفسير الجلالين ص ٢٦٨.

(٣) سورة التّوبة، الآية: ٤٢.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ٨/١٤٠، و١٠/٦٦، والمفردات ص ٢٦٧، والنّهاية ٢/٤٩١، والمصباح المنير ص ١٢٢.

(٥) انظر: إجماع ابن المنذر ص٥٥، ف (٥٠٣)، وانظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٧، و٣٥٥، و٣٩٣، و٤٤٤، والتّلقين ص ٣٦١، ومختصر المزني ص ١٢٨، والمقنع ١١/٩٤، والفروع ٦/١٤٣.

(٦) بداية المجتهد ٣/٤٢.

كما اتّفقوا على أنّ طريق العلم: الرّؤية البصريّة، وهذا يتطلّب كون المبيع حاضراً مشاهداً في مجلس العقد؛ بحيث يراه المتعاقدَان رؤية العين(١).

قواعد ذات العلاقة:

قَعَّدَ الإمام ابن رشد قاعدةً أخرى بقوله: (**أصل التّعامل إنّما هو على عينٍ معروفة ثابتة في عينٍ معروفة ثابتة**)(٢)، ذكرها دليلاً لصحّة الإجارة ومشروعيتها، وأنّها مستثناةٌ من بيوع الغرر المجهول، والعلاقة بينها وبين قاعدة قيام الصّفة مقام الرّؤية؛ علاقةٌ استثنائيةٌ، وعلاقة عمومٍ وخصوصٍ، أعني: أنّ هذه القاعدة عامٌ في أصل التّعامل، وقاعدة الصّفة تُخصِّص عمومها في بعض حالات؛ حيث تقوم الصّفة عن الشّخص والمعاينة.

وإذا تقرّر أنّ من شرائط صحّة البيع كون المبيع معلوماً، وثَمَنُهُ كذلك معلوماً علماً يَمنع من المنازعة، فهذا لا يَحصل إلاّ بالإشارة إليه؛ لأنّ التّعيين لا يَحصل إلاّ بها، إلاّ إذا كان دَيناً؛ كالْمُسْلَم فيه؛ فيحصل العلم به بالتّسمية، والعلم بالثّمن لا يَحصل إلاّ بالتّسمية، والإشارة إليه مَجازٌ عن تسمية جنس المشار إليه، ونوعه، وصفته، وقدره، غير أنّ المبيع إنْ كان أصلاً لا بدّ من الإشارة إليه بطريق الأصالة ليصير معلوماً، وإنْ كان تبعاً يصير معلوماً بالإشارة إلى الأصل؛ لأنّ التّبع كما لا يُفْرَد بعلّة على حدة لا يُفرَد بشرطٍ على حدة؛ إذ لو أفرد لانقلب أصلاً، وهذا قلب الحقيقة(٣).

ولكن في حال تعذّر هذا الطّريق -الرّؤية البصريّة- إمّا لغياب المبيع

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) بداية المجتهد ٤٢/٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٧/٤، و٣٥٦، و٣٦٧، وروضة الطّالبين ٣٦٠/٣.

عن مجلس العقد،أو حاضر مجلس العقد ولكن في رؤيته مشقّة تلحق العاقدَين أو أحدهما،أو تفضي إلى هلاك المبيع أو نقصه،والمشقّة تجلب التّيسير،فهل يجوز عندما تتعذّر الرّؤية البصرية الرّجوع إلى إجراء العقد بالصّفة، أو بالرّؤية المتقدّمة في زمنٍ يُؤْمَنُ فيه تغيّر المبيع فيه أم لا؟

هذا هو موضوع هذه القاعدة: بيان حكم بيع الأعيان الغائبة بالصّفة، أو بالرّؤية المتقدّمة أو بغيرهما، والأسباب المسوِّغة لذلك،وأثر خيار الرّؤية في العقد، ومتحمّل الضّمان.

فالقاعدة مهمّةٌ في موضوعها، أصبح البحث فيه أكثر أهمّيةً، حفاظاً على التّعامل بالحلال وتناوله، وحذراً من الوقوع في الحرام وأكله؛ وذلك لِتجدّد وسائل التّعامل في أبواب المعاملات المعاصرة؛ حيث أصبح التّعامل في العقود والمعاملات التّجارية والشّركات مع المبيعات -العروض والبضائع والسّلع- الغائبة في أغلب الأحيان، بل ربّما كانت أركان العقد كلّها -البائع، المشتري، المثمن، الثّمن، الصّيغة- غائبةً بعضُها عن البعض الآخر، وليس بين المتعاقِدَين معرفةٌ ولا لقاءٌ البتة؛ بحيث يكون البائع في دولة، والمشتري في أخرى، والمعقود عليه في دولة ثالثة، لا تُوَحّدهم دولةٌ، ولا يُجْمِعهم مَجلِسٌ، فضلاً من رؤية المعقود عليه، ويَتِمُّ بينهما إبرام العقد، معتمدين في ذلك على الأوصاف المعتبرة الكاشفة حسب عرف كلّ سلعة أو بضاعة عند التّجار، أو الرّؤية السّابقة أو مجرّداً.

فالأمر بحاجةٍ إلى دراسة مذاهب الفقهاء القدامى واستخلاص القواعد منها في هذا الباب لكَي تُنَزَّل وتُخَرَّج عليها صور الأعيان الغائبة في المعاملات المعاصرة التي تعدّدت وسائلها بفضل ما مَنَّ الله به على البشرية من التّقدّم العلمِيّ، والاكتشافات التّكنولوجية، وقد كتبت في

العقود والبياعات العصرية العديد من الرّسائل والبحوث العلميّة.

ولا شكّ أنّ في صيَغ المعاملات الشّرعيّة ما يتّسعُ لاستيعاب المستجدّات العصرية، ومنها هذه القاعدة التي قد تكلّم فيها فقهاء الإسلام -رحمهم الله تعالى- منذ قديم الزّمن.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة محلّ الاتّفاق بين أهل العلم قاطبةً ومنهم المذاهب الفقهية(١) في الجملة، وإن اختلفوا في مواضع من تفاريعها منها:

الموضع الأوّل: بيع مبيعٍ غائب، أو متعذّر الرّؤية إذا كان موصوفاً بصفة كاشفة، أو معتمداً على رؤية الْمُتَعَاقِدَين الْمُتَقَدِّمة لجميع المبيعً في زمنٍ يُؤْمَنُ فيه تَغيّره عادةً.

اختلفوا فيه على مذهبين:

المذهب الأوّل: جواز بيع وشراء العين الغائبة بصّفة منضبطة كاشفة، أو برؤيةٍ متقدّمة، إذا كانت في زمنٍ يُؤمَن فيه تغيّر المبيع تغيّراً فاحشاً، وينعقد العقدً لازماً لا خيار فيه، إلاّ إذا جاء المعقود عليه على

---

(١) اعتباراً بالقول القاضي به عند الشّافعية، والذي نُقلَ تصحيحه عن بعضهم.
قال الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ٢١٣/١٢: «ذكر أبو القاسم القزويني القاضي قال: الصّحيح عن الشّافعي إجازة بيع الغائب على خيار الرّؤية، إذا نظر إليه ووافق الصّفة أو لَمْ يوافقَها، مثل قول أبي حنيفة والثّوري سواء، قال: هذا في كتبه المصرية. وقال بالعراق في بيع الغائب مثل قول مالكٍ سواء، أنّه لا خيار له إذا وافق الصّفة، حكاه عنه أبو ثور...».
قال النّووي في المجموع٢١٢/٩: «واختلف الأصحاب في الأصحّ من القولين؛ فصحّح البغوي والروياني صحّتَهُ». انظر: المهذّب ٢٥/٢، والمجموع ٢١٢/٩-٢١٣، و٢٢٠، وفتح الباري ٤٢٢/٤.

خلاف الصّفة المشروطة، أو تغيّر عن حاله، فيثبت الخيار، وبه قال الحنفية والمالكية والحنابلة والظّاهرية وقول الشّافعي القديم.

أمّا انعقاد العقد لازماً؛ فلأنّ الخيار ثبت معدولاً به عن الأصل بالنّصّ الوارد في شراء ما لم يره، وهذا قد اشترى شيئاً قد رآه فلا يثبت الخيار.

وأمّا ثبوت الخيار عند مخالفة الصّفة، أو تغيّر المبيع؛ فلأنّه إذا تغيّر عن حاله فقد صار شيئاً آخر، فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه[1].

من أدلّتهم:

١-قوله -تعالى-: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[2]، قالوا: هذا على عمومه إلاّ بيعاً منعه كتابٌ أو سنةٌ أو إجماع، ولم يرد ما يمنعه[3].

أجيب عنه بأنّ الآية عامّة مخصوصة بحديث النّهي عن بيع الغرر[4].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٨١، وبدائع الصّنائع ٣٦٥/٤، و٥٧١-٥٧٣، والهداية ٣٣/٣-٣٥، والمدوّنة ٢٥٥/٣-٢٦٤، ورسالة القيرواني ص ٢١٦، والتّلقين ص ٣٦٢، والمعونة ٩٧٩/٢، والتّمهيد ٢١١/١٢-٢١٣، ومختصر خليل ص١٧٠-١٧١، وشرحي ابن ناجي وزروق١٣٣/٢-١٣٤،ومواهب الجليل والتّاج١١٥/٦، و١١٨-١٢٠، والمهذّب٢٥/٢-٢٧،والمجموع٢١١/٩-٢٢١،وروضة الطّالبين ٣٧٠/٣، والمغني٣١/٦-٣٥، والعدّة ٢٠٤/١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٩٤/١١-١٠١، و١٠٤، والفروع ١٤٣/٦-١٤٥، ومنتهى الإرادات ٢٤٦/١، وشرح منتهى الإرادات ١٣٧/٣، و١٤٧،والمحلّى ٢١٤/٧-٢٢١، وفتح الباري ٣٩٥/٤، و٤٢٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٣) انظر: المجموع ٢٢٠/٩، والمغني ٣١/٦، والشّرح الكبير ٩١/١١، وشرح منتهى الإرادات ١٣٦/٣.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ١١٥٣/٣، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة...، برقم: (١٥١٣).

٢-لأنّ الصّفة تقوم مقام رؤية الموصوف، وذلك:

٣-لقوله -تعالى-: ﴿وَلَمَّا جَآءَهُمْ كِتَٰبٌ مِّنْ عِندِ ٱللَّهِ مُصَدِّقٌ لِّمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا۟ مِن قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ فَلَمَّا جَآءَهُم مَّا عَرَفُوا۟ كَفَرُوا۟ بِهِۦ فَلَعْنَةُ ٱللَّهِ عَلَى ٱلْكَٰفِرِينَ﴾[1].

وجه الاستدلال منه: أنّ اليهود كانوا يجدون في التّوراة نعتَ النّبيّ ﷺ، وصِفَتَهُ؛ فكانوا يحدّثون بذلك، ويستفتحون به على الذين كفروا، أي: يستنصرون به على كفّار العرب، وهم لَم يعرفوه من قَبْلُ إلاّ بصفته التي وجدوها في التّوراة، دلّ ذلك على أنّ المعرفة بالصّفة معرفةٌ بعين الشّيء الموصوف، وأنّ الصّفة تنفي الجهالة[2].

٤-وقول رسول الله ﷺ: «لا تُبَاشِرُ المرأةُ المرأةَ فَتَنْعَتُهَا لِزَوجِهَا كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إليها»[3].

وجه الاستدلال منه؛ حيث شبّه ﷺ المبالغة في الصّفة بالنّظر؛ فأقام هنا الصّفة مقام الرّؤية والمعاينة، وكَمْ مِمَّنْ أَحَبَّ غَيْرَه بالوصف قبل الرّؤية[4].

٥-قوله ﷺ: «لا تَبيعوا الحبّ في سنبله حتّى يبيضّ في أكمامه»[5].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٨٩.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٢/٢٩-٣٠، وتفسير السّعدي ص ٥٩، وانظر: المعونة ٢/٩٧٨، والمقدّمات ٢/٧٧، والفروق ٣/٢٥٠، وتهذيب الفروق ٣/٢٤٧.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٩/٢٥٠، كتاب النّكاح؛ باب لا تباشر المرأةُ المرأةَ... برقم: (٥٠٤٩).

(٤) انظر: التّمهيد ١٢/٢١١، والمقدّمات ٢/٧٧، والذّخيرة ٥/٢٤٥، وإعلام الموقّعين ص ٧٠٤.

(٥) أخرجه الإمام مالك في موطّئه ٢/٦٤٨، بلاغاً، كتاب البيوع، باب جامع بيع الطّعام، برقم: (٥٤)، وقال الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ٥/٤١٢: «وهذا رُوِيَ مرفوعاً مسنداً»، ثم أوصله، وأخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ٥/٣٠٤، =

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على جواز بيع الحبّ في أكمامه، وهو غير مرئيّ، على صفة ما فرك منه إن كان حاضراً، فيجوز أن يشتري منه إذا كان غائباً على صفة؛ إذ لا فرق إذا غاب المبيع بين أن يبيعه على الصّفة، أو على مثال يريه إيّاه، قال في المقدّمات: «وهذا الحديث أيضاً حجّةٌ في بيع الجزر والفجل وما أشبهه ممّا هو مغيب تحت الأرض؛ لأنّه يقلع منه شيءٌ فيستدلّ به على بقيته، ويستدلّ عليه أيضاً بفروعه»[1].

٦-قال في التّمهيد: «وقال الزّهري: الملامسة أنّ القوم كانوا يتبايعون السّلع ولا ينظرون إليها، ولا يخبرون عنها...في قول الزّهري هذا إجازةٌ للبيع على الصّفة»[2].

٧-قياسه على السَّلَم؛ حيث قالوا: إذا جاز أن يسلم الرّجلُ إلى الرّجل في ثوب واحد على صفة ولم يكن ذلك غرراً، جاز أَنْ يبتاعه على الصّفة ولا يكون ذلك غرراً؛ إذ لا فرق بين الموضعين[3].

قال في المعونة: «ولأنّه مبيعٌ معلومٌ لهما مقدورٌ على تسليمه غالباً؛ كالمرئيّ، ولأنّ ما تتعذّر رؤيته تقوم الصّفة فيه مقام الرّؤية كالسَّلَم»[4].

المذهب الثّاني: منع ذلك مطلقاً. وبه قال الشّافعي في الجديد وعليه مذهب الشّافعية والظّاهرية[5].

=

برقم: (١٠٣٩٧)، وانظر: المنتقى ٣٠٤/٦.

(١) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٧٨/٢، وانظر: المهذّب ٢٨/٢.

(٢) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٢١٠/١٢، وانظر: المقدّمات ٧٨/٢، ومختصر المزني ص ١٢٨.

(٣) انظر: المقدّمات ٧٨/٢، والمنتقى ٣٧٨/٦، وتهذيب الفروق ٢٤٧/٣.

(٤) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ٩٧٨/٢.

(٥) نقل الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ٢١١/١٢ عن المزني: «الصّحيح من قول

=

من أدلّتهم:

١-القياس على السَّلَم في الْمُعَيَّن وإنْ وُصِفَ.

وأجيب عنه بأنّه قياس مع الفارق؛ ذلك أنّ من شروط السَّلَم أن يكون في الذّمة، والْمُعَيَّن لا يكون في الذّمة، بدليلٍ أنّه لو رآه وأَسْلَم فيه لَمْ يصحَّ[1].

٢-أنّ هذا من قبيل الغرر، وقد نَهى النَّبيّ ﷺ عن بيع الغرر[2]،قالوا:وفي هذا البيع غررٌ ظاهرٌ فأشبه بيع المعدوم الموصوف[3].

٣-أنّه بيعُ عينٍ حاضرةٍ غير مرئية، ولا صفة مضمونة ثابتة في الذّمة، والوصول إلى رؤيتها مُمْكِنٌ؛ فدخل في باب الملامسة والغرر والقمار[4].

أجيب عن هذا بما في المقدّمات: «وبيع السّلعة الغائبة على الصّفة

=

الشّافعي أنّ شراء الغائب لا يجوز، وُصِفَ أو لَمْ يُوصَفْ».

وقال النّووي في المجموع ٢١٢/٩: «واختلف الأصحاب في الأصحّ من القولين؛ فصحّح البغوي والرّوياني صحّتَهُ، وصحّح الأكثرون بطلانَهُ، ممَّن صحَّحَه: المزنيّ والبويطيّ والرّبيع، وحكاه عنهم الماوردي، وصحَّحَه أيضاً الماوردي والمصنّف في التّنبيه والرّافعي في المحرر، وهو الأصحّ، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب، وعليه يُفَرِّعون فيما عدا هذا الموضع، ويتعيَّن هذا القولُ؛ لأنّه الآخر منْ نصّ الشّافعي فهو ناسخٌ لما قبله».

انظر: مختصر المزني ص١٢٨، والمهذّب ٢٤/٢-٢٧،والمجموع ٢١٢/٩، و٢٢٠-٢٢٥، وفتح الباري ٤٢٢/٤، والمحلّى ٢٩٤/٧، و٢٩٩، و٣٠٥.

(١) انظر: الفروق ٢٥٠/٣.

(٢) تقدّم تخريجه قريباً.

(٣) انظر: المهذّب ٢٥/٢، والمجموع ٢٢٠/٩.

(٤) انظر: التّمهيد ٢١١/١٢، والمقدّمات ٧٧/٢.

خارجٌ مّما نهى عنه النَّبيّ ﷺ من بيع الغرر»[(١)].

٤-ولأنّه نوعُ بيعٍ فلم يصحّ مع الجهل بصفة المبيع؛ كالسّلم[(٢)].

والذي يترجّح في نظري هو القول بجواز بيعِ العين الغائبة على الصّفة الكاشفة المنضبطة تختلف بها الأغراض، وتتفاوت بها الأثمان.

وكذلك جواز البيع على الرّؤية المتقدّمة القريبة في زمنٍ يؤمن فيه تغيّر المبيع تغيّراً فاحشاً، وذلك لقوّة أدلته، ولأنّ الرّؤية البصرية أيضاً لا تنفي الغرر في المقدار، ومع ذلك جاز؛ لأنّ الغرر اليسير مغتفرٌ، وكذلك هنا[(٣)].

ولأنّ على هذا القول يَتخرّج كثيرٌ من صور البياعات والعقود المعاصرة، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

الموضع الثّاني: بيع مبيعٍ غائبٍ أو متعذّر الرّؤية من غير صفةٍ، ولا رؤيةٍ متقدّمة من الْمُتَعَاقِدَين.

ووجه دخول مسألة العقد على غير الرّؤية المتقدّمة في القاعدة؛ مُساواتها للبيع على الصّفة في اللّزوم، وفيه مذهبان:

المذهب الأوّل: جواز بيع وشراء العين الغائبة غير الموصوفة بصفةٍ، وغير متقدّمة الرّؤية، أعني: ما لَمْ يره البائع ولا المشتري، وهو عقدٌ غير لازمٍ في حقّ المشتري، وله خيار الرّؤية، وأمّا البائع فالبيع لازمٌ في حقّه. به قال

---

(١) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٧٦/٢.

(٢) انظر: المهذّب ٢٥/٢.

(٣) قال في المجموع ٢٢٠/٩: «قال ابن المنذر: فيه ثلاثة مذاهب: ...-والمذهب- الثّالث: يصحّ البيع، وللمشتري الخيار إن كان على غير ما وُصفَ، وإلاّ فلا خيار، قاله ابن سيرين وأيوب السّختياني ومالك وعبيد الله بن الحسن وأحمد وأبو ثور وابن نصر، قال ابن المنذر: وبه أقول».
انظر: الفروق ٢٤٥/٣، ف (١٨٦)، والمهذّب ٢٦/٢.

الحنفية، وقولٌ للمالكية ووجهٌ للشّافعية وروايةٌ للحنابلة[١].

من أدلّتهم:

١-قوله -تعالى-: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾[٢].

وجه الاستدلال منه؛ حيث مفاد الآية عامٌ في جواز البيع من غير فصلٍ، فدخل فيها بيع الأعيان الغائبة من غير صفةٍ ولا رؤيةٍ متقدّمة مع ثبوت خيار الرّؤية[٣].

٢-قوله ﷺ للذي[٤] يُخْدَعُ في البيوع: «مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ:لا خِلابَةَ»[٥].

وجه الاستدلال منه؛ حيث إنّه كان ضرير البصر[٦]، لا يبصر ما

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٦/٤، و٤١٥، والهداية ٣٢/٣-٣٣، والمغني ٣١/٦.

(٤) وهو الصّحابي الجليل؛ حَبَانُ بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه، والد يَحيَى، وواسع بني حَبَان، بَقِي حتّى بلغ زمان عثمان بن عفّان رضي الله عنه، وكان قد بلغ مائة وثلاثين سنة، وكان قد شُجَّ في بعض مغازيه مع النَّبيّ ﷺ، فأصابته في رأسه مأمومة، فتغيّر بها لسانُه وعقله، لكن لم يَخرج عن التّمييز، وذكر الدّارقطني أنّه كان ضريراً.
انظر: شرح النّووي ٤١٨/١٠، وفتح الباري ٣٩٥/٤-٣٩٦.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه٣٩٥/٤،كتاب البيوع، باب مايُكرَه مِنَ الْخداع في البيع، برقم: (٢٠٦٥)، ومسلم في صحيحه ١١٦٥/٣، كتاب البيوع، باب مَنْ يُخْدَعُ في البيع، برقم: (١٥٣٣)، واللّفظ له.
والْخلاَبَةُ: الكذب والخداعة في ثَمَنٍ ومثمنٍ بلفظ أو كناية.
ومعنَى (لا خلابة)، أي: لا خديعة، أيّ: لا تَحِلّ لكَ خديعتي، ولا يلزمني خديعتُكَ.
انظر: النّهاية ٥٨/٢، وشرح مسلم ٤١٨/١٠، وفتح الباري ٣٩٦/٤، و٣٥٢/١٢، والفواكه الدّواني ٨٧/٢.

(٦) رواية كونه ضرير البصر، أخرجها الدّارقطني في سننه ٧/٤، برقم: (٣٠٠٧).

يشتريه، ومع ذلك أجاز له النَّبيّ ﷺ البيع والشّراء، وجعل له عهدةَ ثلاثة أيّام، إنْ رَضِي أخذ، وإنْ سَخطَ ترك، فإذا جاز شراؤه فبيعه من باب الأولى(١).

وفيه أيضاً دليلٌ على أنّ العقد في حقّ المشتري غير لازمٍ.

٣-قوله ﷺ : «مَنِ اشترى شيئاً لَمْ يَرَهُ فهو بالخيار إذا رآه»(٢).

وجه الاستدلال؛ حيث أثبت له الخيار، ولا خيار شرعاً إلاّ في بيعٍ مشروعٍ؛ فدلّ على أنّه بيعٌ صحيحٌ مشروعٌ، وهو لَمْ يَرَهُ(٣).

أجيب عنه بأنّه لا يصحّ، وقد قيل إنّه موضوعٌ(٤).

أو أنّ معنَاه: إذا أراد شراءَهُ، فهو بالخيار بين العقد عليه وتركه(٥).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٧/٤، ومعالم السّنن ٧٦٦/٣.

(٢) أخرجه الدّارقطني في سننه ٣٨٣/٣، برقم: (٢٨٠٥)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٢٦٨/٥.
قال الدّارقطني: «عمر بن إبراهيم يقال له: الكُردي يَضَعُ الأحاديث، وهذا -حديثٌ- باطلٌ لا يَصِحُّ، لَم يروه غيره، وإنّما يُروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله».
وقال صاحب التّعليق المغني على الدّارقطني ٣٨٢/٣: «قوله: وهذا حديثٌ باطلٌ لا يصح»، وقال ابن القطّان في كتابه: «والرّاوي عن الكردِيّ ناهر بن نوح، وهو لا يُعْرَف».
وقال النّووي في المجموع٢٢٠/٩: «ضعيف باتّفاقهم، وعمر بن إبراهيم بن خالد مشهور بالضّعف، ووضع الحديث»، ثم ذكر كلام الدّارقطني.
وقال في المغني ٣٢/٦ بعد ذكره: «هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكُردِيّ، وهو متروك الحديث»، وتبعه أبو الفرج المقدسي في الشّرح الكبير ٩٧/١١، والفتوحي في شرح منتهى الإرادات ١٣٦/٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٦/٤، والهداية ٣٢/٣-٣٣، والمغني ٣٢/٦.

(٤) كما قال القرافي في الفروق ٢٤٩/٣، وتبعه محمّد عليّ في تهذيب الفروق ٢٤٧/٣ نقلاً عن الدّارقطني، وقد تقدّم نقل كلامه أعلاه.

(٥) انظر: المغني ٣٢/٦، والشّرح الكبير ٩٧/١١، وشرح منتهى الإرادات ١٣٦/٣.

٤-أثر عثمان وطلحة -رضي الله عنهما-، وهو أنّ عثمان بن عفّان باع أرضاً له منْ طلحة بن عبد الله، ولَم يكونا رآياها، فقيل لعثمان رضي الله عنه: غُبنْتَ، فقال: لِيَ الخيار؛ لأنّي بعتُ ما لَمْ أره، وقيل لطلحة مثل ذلك،فقال:لِي الخيار؛لأنّي اشتريت ما لَمْ أره،فحكما في ذلك إلى جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه[١]، وكان بمحضر الصّحابة -رضي الله عنهم-، ولم ينكر عليه أحدٌ منهم فكان إجماعاً[٢] منهم على ذلك.

أجيب عنه بأنّه لم يَنْتشر ذلك في الصّحابة رضي الله عنهم.

وأنّه قول الصّحابِي لم ينتشر فلا يكون حجّةً، قال في المجموع: «والصّحيح عندنا أنّ قول الصّحابة ليس بحجّة إلاّ أنْ ينتشر من غير مخالف»[٣].

٥-أثر عثمان بن عفّان مع عبد الرّحمن بن عوف رضي الله عنهما، أنّ عبد الرّحمن اشترى فرساً مِنْ أرضٍ أخرى بأربعين ألف درهم، أو أربعة آلاف، أو نحو ذلك، إنْ أَدْرَكَتْها الصّفقةُ وهي سالمةٌ، ثم أجاز قليلاً فرَجَعَ فقال: أزيدك ستة آلاف إنْ وَجَدَها رسولِي سالِمةً، قال: نعم، فوجدها رسول عبد الرّحمن قد هلكت،وخرج منها بالشّرط الآخر، قال الرّجل للزّهري: فإنْ لَمْ يشترط؟ قال: هي من مال البائع[٤].

---

(١) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ٥/٢٦٨، كتاب البيوع، باب مَنْ قال: يَجوز بيع العين الغائبة، وذكره الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ١٢/٢١٣، وحسّن إسناده النّووي في المجموع ٩/٢١١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٢، والمغني ٦/٣١.

(٣) المجموع للنّووي ٩/٢٢١، وانظر: المغني ٦/٣٢، والشّرح الكبير ١١/٩٧.

(٤) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ٥/٢٦٧، برقم: (١٠٢٠٣)، وأورده الحافظ ابن =

٦-قال في الاستذكار:((وفيه عن الصّحابة جوازُ بيع الغائب، إلاّ أنّ ظاهره ليس فيه صِفَةٌ، فهو حُجَّةٌ لأبي حنيفة الذي يُجيز بيع الغائب على غير صفة؛ فإذا رآه، ورضيه صارت الصّفقةُ، وتَمَّ البيعُ، وإِنْ لَمْ يَرْضَهُ فلا بيع بينهما))(١).

قال في بدائع الصّنائع: ((الاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد؛ لأنّ مشتري ما لَمْ يَرهُ مشترٍ على أنه خيرٌ مِمّا ظنّه؛ فيكون بِمَنْزلة مشتري شيءٍ على أنّه جيّدٌ فإذا هو رديءٌ، ومَنِ اشترى شيئاً على أنّه جيِّدٌ؛ فإذا هو رديءٌ؛ فله الخيار، وبائع شيءٍ لَم يره يبيع على أنّه أَدْوَنُ مما ظنّه؛ فكان بِمَنْزلة بائع شيءٍ على أنّه رديءٌ؛ فإذا هو جيّدٌ. ومَنْ باع شيئاً على أنّه رَديءٌ؛ فإذا هو جيِّدٌ لا خيار للبائع، فلهذا افترقا))(٢).

٧-ولأنّ ركن البيع صَدَرَ مِنْ أهله مضافاً إلى محلٍّ هو خالصُ مِلْكِه؛ فيصحّ كشراء المرئِيّ؛ وهذا لأنَّ وجود التّصرّف حقيقةٌ بوجود ركنه، ووجوده شرعاً لصدوره من أهله وحلوله في محلّه(٣).

٨-أنّ الجهل إنّما وقع في الصّفات دون الذّوات، ونَهيه ﷺ عن بيع المجهول(٤) إنّما هو من جهات ذاته؛ لأنّ الجهل بالذّات أقوى؛ إذ الصّفة تبع للذّات.

=

عبد البرّ في الاستذكار ٥/٤٧٩.

(١) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ٥/٤٧٩-٤٨٠، وانظر:المنتقى ٦/٣٧٨، وتهذيب الفروق ٣/٢٤٧.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٥٧٢، وانظر: الهداية ٣/٣٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٦.

(٤) كما في حديث نَهيه ﷺ عن بيع الغرر، المتقدّم تخريجه قريباً.

أجيب عنه بأن: تفاوت المالية إنّما هو بتفاوت الصّفات دون الذّوات، ومقصود الشّرع حفظ المال عن الضّياع[١].

٩- ولأنّه عقد معاوضةٍ فلا تُشْتَرَطُ فيه الصّفة؛ كالنّكاح وباطن الصّبرة والفواكه في قشرها، وقياساً على الأخذ بالشّفعة؛ فإنّه لا يشترط له معرفة أوصافه[٢].

أجيب عنه بالقلب[٣]؛ فيقال لهم: عقدُ معاوضةٍ فلا يثبت فيه الرّؤية كالنّكاح، وكلّ مَنْ قال بانتفاء خيار الرّؤية قال باشتراط الصّفة؛ فتُشترط.

وأنّ ستر المخدّرات عن الكشف لكلّ خاطبٍ لئلاّ يتسلّط عليهنّ السّفهاء، وفي اشتراط الرّؤية إضرارٌ بِهنّ، ثم إنّ الصّفات التي تُعْلَمُ بالرّؤية ليست هي المقصودة بالنّكاح؛ فلا يضرّ الجهل بها بخلاف البيع.

وباطن الصّبرة مساوٍ لظاهرها، وليست صفاتُ المبيع مساويةً لِجنسه، والعلم بأحد المتساوين علمٌ بالآخر.

وعن القياس على الأخذ بالشّفعة بأنّه دفعٌ للضّرر؛ فلا يلحق به ما لا ضرر فيه[٤].

١٠- وأمّا كونه عقداً غير لازمٍ؛ فلأنّ عدم الرّؤية يَمنع تَمام الصّفة[٥].

---

(١) انظر: الفروق ٣/٢٤٨-٢٤٩.
(٢) انظر: الهداية ٣/٣٢-٣٣، والفروق ٣/٢٤٨-٢٥٠، والمجموع ٩/٢٢٠-٢٢١، والمغني ٦/٣١.
(٣) القلب هو: تعليق نقيض حكم المستدلّ على علّته بعينها.
انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٣٣٦.
(٤) انظر: الفروق ٣/٢٤٨-٢٥٠، والمجموع ٩/٢٢٠-٢٢١، والمغني ٦/٣٢.
(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٦، والتّمهيد ١٢/٢١١.

١١-ولأنّ جهالة الوصف تؤثّر في الرّضا فتوجب خللاً فيه، واختلال الرّضا في البيع يوجب الخيار(١).

١٢-ولأنّ من الجائز اعتراض النّدم لِمَا عسى لا يصلح له إذا رآه؛ فيحتاج إلى التّدارك؛ فيثبت الخيار لإمكان التّدارك عند النّدم نظراً له، كما ثبت خيار الرّجعة شرعاً نظراً للزّوج تَمكيناً له من التّدارك عند النّدم(٢)؛ كما قال الله -تبارك وتعالى-: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا﴾(٣).

المذهب الثّاني: منعه، فلا يجوز بيعُ مبيعٍ غير موصوف، ولا متقدَّم الرّؤية. وهو مذهب المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية(٤).

من أدلّتهم:

١-نَهيه ﷺ عن بيع الغرر.

وجه الاستدلال منه؛ أنّ هذا من بيع الغرر؛ لأنّ عدم الرّؤية تُمَكّن الغرر في البيع، وبيان تَمَكّن الغرر؛ أنّ الغرر هو الخطر، وفي هذا البيع خطرٌ من وجوه:

أحدهما: في أصل المعقود عليه.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٦/٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧١/٤.

(٣) سورة الطّلاق، الآية: ١.

(٤) انظر: المدوّنة ٢٥٥/٣-٢٦٤، ورسالة القيرواني ص ٢١٦، والتّلقين ص ٣٦٢، والمعونة٩٧٨/٢،والتّمهيد٢١١/١٢،والاستذكار٤٨٠/٥،ومختصر خليل ص١٧٠-١٧١، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٣٣/٢-١٣٤، ومختصر المزني ص ١٢٨، و١٣٢، والمهذّب ٢٥/٢، والمغني ٣٣/٦، والفروع ١٤٣/٦-١٤٥، ومنتهى الإرادات ٢٤٣/١، وشرح منتهى الإرادات ١٢٥/٣، و١٣٦، والمحلّى ٢٢١/٧.

والثّاني: في وصفه؛ لأنّ دليل الوجود إذا كان غائباً هو الخبر، وخبر الواحد يَحتمل الصّدق والكذب؛ فيتردّد المعقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم.

والثّالث: في وجود التّسليم وقت وجوبه؛ لأنّ وقت الوجوب وقت نقد الثّمن، وقد يتّفق النّقد، وقد لا يتّفق، والغرر مِنْ وجهٍ واحدٍ يكفي لفساد فكيف مِنْ وجوهٍ ثلاثة؟![1].

٢-نَهي النّبيّ ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان[2].

وجه الاستدلال منه؛ أنّ لفظة: (عند)، كلمة حضرة، والغيبة تنافيها، والخلاف في البيع والشّراء خلافٌ واحدٌ[3].

٣-أنّ جهالة الذّات إنّما منعت صحّةَ العقد لإفضائها إلى المنازعة؛ لأنّ الأعيان تختلف رغباتُ النّاس فيها لاختلاف ماليّتها؛ فالبائع إذا سلّم عيناً، فمن الجائز أن يطلب المشتري عيناً أخرى أَجود منها باسم الأُولَى؛

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٤/٣٦٥-٣٦٦، والمعونة٢/٩٧٨-٩٧٩، والمغني٦/٣١-٣٢.

(٢) أخرجه من حديث عبد الله عمرو بن العاص أبو داود في سننه ٣/٧٦٩-٧٧٥، كتاب البيوع والإجارات، باب في الرّجل يبيع ما ليس عنده، برقم: (٣٥٠٣)، والتّرمذي في سننه ٣/٥٣٥-٥٣٦، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية ما ليس عندك، برقم: (١٢٣٤)، والنّسائي في سننه ٧/٢٨٨، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، والحاكم في مستدركه ٢/١٧.
قال التّرمذي: «هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ»، وقال الحاكم: «هذا حديثٌ على شرط جملةٍ من أئمة المسلمين»، ووافقه الذّهبي، وصحّحه ابن حزم في المحلّى ٧/٤٧٥، وصحّحه النّووي في المجموع ٩/٢٨٠، وانظر: إرواء الغليل ٥/١٤٧، والسّلسلة الصّحيحة برقم: (١٢١٢).

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٦.

فيتنازعان، وجهالةُ الوصف مُفضيةٌ إلى المنازعة أيضاً؛ لأنّ الغائب عن المجلس إذا أحضره البائع، فمن الجائز أن يقول المشتري: هذا ليس عين المبيع، بل مثله من جنسه؛ فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرّؤية،ومقصود الشّرع سدّ أبواب التّنازع،ورفع المنازعة، وهذاينافيه[1].

٤-ولأنّه باع ما لَمْ يَرَهُ ولَم يُوصَف له؛فلم يصحَّ؛كبيع النّوى في التّمر[2].

أجيب عن أدلّتهم بما يلي[3]:

١-أنّ قولهم: إنّ جهالة الوصف تفضي إلى المنازعة مَمنوعٌ؛ لأنّ المشتري صدّقه في خبره حيث اشتراه، فالظّاهر أنّه لا يكذّبه.

٢-ودعوى الغرر مَمنوعةٌ؛ فإنّ الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بِمَنْزلة الشّك، وههنا ترجّح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الرّاجح صدْقُهُ على كَذْبه، فلم يكن فيه غررٌ، وعلى التّسليم أنّ الغرر اسمٌ لِمطلق الخَطر، لكن لِمَ قلتم إنّ كلّ غررٍ يُفسدُ العقد؟

٣-وأمّا حديث النّهي عن بيع الغرر؛ فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر، ويحتمل أن يكون من الغرور، فلا يكون حجّة مع الاحتمال.

٤-أو يُحمَل على الغرر في صلب العقد بالتّعليق، أو الإضافة إلى وقتٍ عملاً بالدّلائل كلّها.

٥-وأمّا حديث نَهي الإنسان عن بيع ما ليس عنده؛ فمحمولٌ على بيع ما ليس بِمَملُوكٍ له، وإلاّ فكلّ ما يَملكه المرء فهو عنده ولو في أقصى

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٥-٣٦٦، والفروق ٣/٢٤٨-٢٤٩، وتهذيب الفروق ٣/٢٤٦-٢٤٧، والمغني ٦/٣٢-٣٣.

(٢) انظر: المغني ٦/٣٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٦.

الدّنيا[١]، أو بيع شيءٍ مباحٍ على أن يستوليَ عليه فيملكه فيسلّمه، وهذا يوافق ما رُوِيَ عن رسول الله أنّه قال: «بَيعُ السَّمكِ في الماء غَرَرٌ»[٢].

ولعلّ سبب اختلافهم في هذه الجزئية اعتبار تأثير خيار الرّؤية في رفع الغرر المتوقّع، فالحنفية اعتمدوا خيار الرّؤية، وأنّ الغرر المتوقّع لا يضرّ ما دام للمشتري خياره[٣].

والجمهور كأنّهم لم ينظروا إلى هذا التّأثير، واعتمدوا على أنّ من شروط المبيع العلم به بِما يدفع الغرر، وطريق هذا العلم الرّؤية، أو ما يقوم مقامها من صفة كاشفة يرتفع معها الغرر، أو شمٍّ، أو لَمسٍ، أو ذوقٍ فيما تُعْتَبَرُ فيه هذه الخصال ولم يكن شيءٌ من ذلك.

والذي يترجّح في نظري هو القول القاضي بجواز عقد البيع من غير صفة ولا رؤية متقدّمة، مع ثبوت خيار الرّؤية عملاً بِحديث حبان بن منقذٍ ﷺ، والأثرين، ولقوّة تعليلاته.

ولأنّ هذا ليس من قبيل بيع ما ليس عند الإنسان، ولا من قبيل ما لا يملكه، ولا من قبيل بيع غرر، فلا يدخل في النّهي الوارد عن تلك؛ لأنّ البائع يَملك المبيع، وعُلِمَ حصوله، ولأنّه يُغْتَفَرُ في الغرر اليسير إذا دعت الضّرورة إليه[٤].

---

(١) انظر: المحلّى ٤٧٥/٧.

(٢) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ٣٤٠/٥، بلفظ: «لا تشتروا السَّمكَ في الماء؛ فإنّه غَرَرٌ»، وهكذا رُوِيَ مرفوعاً، وفيه إرسال ابنِ المسيّب، والصّحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبد الله.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٥٦/٤، والمقدّمات ٧٦/٢-٨٠، والمجموع ٢١٣/٩-٢١٧، وشرح منتهى الإرادات ١٣٧/٣.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٤/٤-٤٨٦، والمدوّنة ٢٥٥/٣-٢٦٤، والتّاج والإكليل =

ولأنّ هذا القول هو الذي يمكن أن يَتخرّج عليه كثيرٌ من صور البياعات العصرية، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

قال في المحلّى: «لأنّ بيع الغائب إذا وُصِفَ عن رؤيةٍ، وخبرةٍ، ومعرفةٍ وقد صحّ مِلْكُهُ لمَا اشترى؛ فأين الغرر؟»[1].

قال في الفروق: مُبَيِّناً لضابط المجهول والغرر، والفرق بينهما: «الفرق الثّالث والتّسعون والمائة بين قاعدة: المجهول، وقاعدة: الغَرَرِ:

اعلم أنّ العلماء قد يتوسّعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهماموضع الأخرى، وأصل الغرر هو: الذي لا يُدْرَى أيَحصل أم لا؛ كالطّير في الهواء، والسّمك في الماء.

وأمّا ما عُلِمَ حُصُولُهُ، وجُهِلَت صِفَتُهُ فهو المجهول؛ كبيع ما في كُمّه، فهو يَحصلُ قطعاً، لكن لا يُدْرَى أيّ شيءٍ هو؟

فالغرر والمجهول كلّ واحدٍ منهما أعمّ من الآخر من وجهٍ، وأخصّ من وجه؛ فيوجد كلّ واحدٍ منهما مع الآخر، وبدونه.

أمّا وجود الغرر بدون الجهالة؛ فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه، وهو غررٌ؛ لأنّه لا يُدْرَى أيَحصل أم لا؟ والجهالة بدون الغرر؛ كشِراء حجرٍ يراه، لا يدري أزجاجٌ هو أم ياقوت؟ مشاهدته تقتضي القطع بِحصوله، فلا غرر، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به.

وأمّا اجتماع الغرر والجهالة؛ فكالعبد الآبق المجهول الصّفة قبل الإباق.

ثم الغرر والْجهالة يقعان في سبعة أشياء:

=

.١١٥/٦

(١) المحلّى لابن حزم ٢١٨/٧.

في الوجود؛ كالآبق قبل الإباق.

والحصول إنْ عُلِمَ الوجود؛ كالطّير في الهواء.

وفي الجنس؛ كسلعة لم يُسَمِّها.

وفي النّوع؛ كعبدٍ لم يُسَمِّه.

وفي المقدار؛ كالبيع إلى مبلغ رَمْيِ الحصاة.

وفي التّعيين؛ كثوبٍ من ثوبين مختلفين.

وفي البقاء؛ كالثّمار قبل بدوّ صلاحها، فهذه سبعة موارد للغرور والجهالة.

ثم الغرر والجهالة ثلاثة أقسام:

كثيرٌ مُمْتَنِعٌ إجماعاً؛ كالطّير في الهواء.

وقليلٌ جائزٌ إجماعاً؛ كأساس الدّار وقطن الجبة.

ومُتَوَسِّطٌ اختلف فيه، أَيُلْحَقُ بالأوّل، أم بالثّاني؟ فلارتفاعه عن القليل أُلْحِقَ بالكثير، ولانْحِطَاطِه عن الكثير أُلْحِقَ بالقليل، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة»[1].

وحكم الأعيان الغائبة حكم المبيع الذي لا خيار فيه، وهو ثبوت الْحِلِّ للمشتري في المبيع، وثبوت الْمِلْكِ للبائع في الثّمن للحال؛ لأنّ ركن البيع صدر مطلقاً عن شرطٍ فكان ينبغي أن يلزم إلاّ أنّه ثبت الخيار شرعاً لا شرطاً، بخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأنّ الخيار ثبت بنصّ كلام العاقدين فأثّر في الرّكن بالمنع من الانعقاد في حقّ الحكم[2].

---

(١) الفروق للقرافي ٣/٢٦٥-٢٦٦،وانظر:بدائع الصّنائع ٤/٤٧، والمغني ٦/٣٩١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٢، والمقدّمات ٢/٧٦-٨٠، والمهذّب ٢/٢٥-٢٧، =

الموضع الثّالث: ثبوت خيار الرّؤية، اختلفوا فيه على مذهبين.

فالحنفية أثبتوا خيار الرّؤية مطلقاً، أي: في كلا الموضعين السّابقين، واشترطوها للزوم العقد؛ فلا يلزم البيع عندهم إلاّ بالرّؤية، إلاّ في البائع فإنّ العقد لازمٌ في حقّه فلا يثبت له خيار الرّؤية(١).

والمالكية والحنابلة والظّاهرية والحنفية في روايةٍ والشّافعية في وجهٍ فصّلوا في بيع مبيعٍ موصوفٍ، أو برؤيةٍ متقدّمة في زمنٍ لا يؤمَن تغيّره فيه عادةً؛ فقالوا: إنْ جاء المبيع موافقاً للصّفة التي تَمَّ عليها العقد،أو مطابقاً للرّؤية المتقدّمة فالبيع لازمٌ،ولا خيار رّؤيةٍ للمشتري.

وإنْ جاء على خلاف ذلك فيثبت للمشتري خيار الرّؤية ويُسَمَّى: خيار الْخُلْف في الصّفة؛ لأنّه وجد الموصوف بخلاف الصّفة؛ فلم يلزمه كالسَّلَم، فإنْ شاء أمضى البيع، وإنْ شاء فَسَخَهُ، وكذا إنْ كان البيع تَمَّ بغير صفة ولا رؤيةٍ متقدّمة على قولٍ عندهم(٢).

لأنّ الرّؤية بِمَنْزلة الشّرط في الصّفات الكائنة عند الرّؤية؛ فكلّ ما

=

والمجموع ٩/٢١٨-٢١٩.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٨١، وبدائع الصّنائع ٤/٥٧١-٥٧٣، و٥٨١، والهداية ٣/٣٢-٣٥، والمغني ٦/٣٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٦، والمدوّنة ٣/٢٥٥، والتّفريع ٢/١٧٠، والتّلقين ص ٣٦٢، والتّمهيد ١٢/٢١١، ومختصر خليل ص ١٧١، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٣٣-١٣٤، والمهذّب ٢/٢٥-٢٧، والمجموع ٩/٢١٢، و٢١٤، و٢١٦، و٢١٨-٢١٩، والمغني ٦/٣٢-٣٤، والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٩٨-١٠١، والفروع ٦/١٤٣-١٤٤، ومنتهى الإرادات ١/٢٤٣، و٢٤٦، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٣٨، والمحلّى ٧/٢٢٠.

فات منها فهو كتبيّن الْخُلف في الشّرط فيثبت الخيار[١].

ويبدو لي أنّ الخلاف بين الجمهور والحنفية خلافٌ لفظيٌّ؛ لأنّ العقد يقع جائزاً غير لازمٍ في حقّ المشتري عند الحنفية؛ بحيث يجوز للمشتري فسخه، وإذا جاء المبيع على الصّفة المشروطة، وفق الرّؤية المتقدّمة لزم البيع؛ فلا خيار له، وإن خالف الصّفة فلا يَتمّ، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

شروط ثبوت خيار الرّؤية[٢]:

خيار الرّؤية هو: أن يشتري مشترٍ شيئاً لم يره؛ فإذا رآه كان بالخيار إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه[٣].

تختلف شروط ثبوت خيارالرّؤية باعتبار المشتري: البصير والأعمَى، أمّا المشتري البصير فَيُشْتَرَطُ لثبوت خيار الرّؤية في حقّه شرطان:

أحدهما: أن يكون المبيع مِمّا يتعيّن بالتّعيين، فإن كان مِمّا لا يتعيّن بالتّعيين فلا يثبت فيه الخيار.

الشّرط الثّاني: عدم الرّؤية؛ فإن اشتراه وهو يراه فلا خيار له؛ إذ الأصل هو لزوم العقد وانبرامه؛ لأنّ ركن العقد وُجِدَ مطلقاً عن شرطٍ إلاّ أنّا عرفنا ثبوت الخيار شرعاً بالنّصّ، والنّصّ ورد بالخيار فيما لم يره

---

(١) انظر: المجموع ٢١٦/٩.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧٢/٤-٥٧٣، و٥٨١، والهداية ٣٢/٣-٣٥، والمدوّنة ٢٥٥/٣، والتّلقين ص ٣٦٢، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٣٣/٢-١٣٤، والمهذّب ٢٥/٢-٢٩، والمغني ٣٢/٦، و٣٥، والشّرح الكبير والإنصاف ٩٨/١١-١٠١، والفروع ١٤٣/٦-١٤٥.

(٣) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٨١.

المشتري؛ لقوله ﷺ : «مَنِ اشترى شيئاً لَمْ يَرَهُ فهو بالخيار إذا رآه»[١]، فبقي الخيار عند الرّؤية مبقياً على الأصل[٢].

وأمّا المشتري الأعمَى؛ فَيُشْتَرطُ لثبوت خيار الرّؤية في حقّه: عدم الْجَسّ فيما يُجَسّ، والذّوق فيما يُذَاقُ، والشّمّ فيما يُشَمّ، والوصف فيما يوصف وقت الشّراء؛ لأنّ هذه الأشياء في حقّه بِمَنْزلة الرّؤية في حقّ البصير؛ فكان انعدامها شرطاً لثبوت الخيار له.

فإن وُجِدَ شيءٌ منه وقت الشّراء فلا خيار له، وكذلك إن وُجِدَ قبل القبض ثم قبض فلا خيار له؛لأنّ وجود شيءٍ من ذلك عند القبض في حقّه بِمَنْزلة وجوده عند العقد؛ كالرّؤية في حقّ البصير، بأن رآه قبل القبض ثم قبضه؛ لأنّ كلّ ذلك دلالةُ الرّضا بلزوم العقد.

وأمّا وقت ثبوت الخيار، فهو وقت الرّؤية لا قبلها، حتّى لو أجاز قبل الرّؤية ورضي به صريحاً بأَنْ قال: أجزتُ أو رضيتُ، أو ما يجري هذا المجرى، ثم رآه فله أَنْ يرده لِمَا ثبت أنّ النّبيّ ﷺ أثبت الخيار للمشتري - في حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه - بعد الرّؤية، فلو ثبت له خيار الإجازة قبل الرّؤية وجاز، لَمْ يثبت له الخيار بعد الرّؤية، وهذا خلاف النّصّ، ولأنّ المعقود عليه قبل الرّؤية مجهول الوصف، والرّضا بالشّيء قبل العلم به، وقبل العلم بوجود سببه محالٌ؛ فكان مُلْحَقاً بالعدم، ولأنّ أوان ثبوت الخيار هو أوان الرّؤية، فقبل الرّؤية لا خيار وإسقاط الشّيء قبل ثبوته وثبوت سببه مُحالٌ[٣].

---

(١) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٢، و٥٨١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٦، و٥٧٩، والهداية ٣/٣٢-٣٥، والتّلقين ص ٣٦٢،
=

وأمّا كيفية ثبوت الخيار، أعني: أيثبت الخيار على الفور أم على التّراخي؟ ففيه مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّه يثبت على الفور مؤقّتاً إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرّؤية؛ بحيث لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ سقط خياره، وإنْ لم توجد الأسبابُ الْمُسْقطَةُ[1] للخيار؛ كالرّضا، والإجازة؛ لأنّ

=

وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٣٣-١٣٤، والمغني ٦/٣٢.

(١) الأسباب المسقطة للخيار نوعان: اختياري وضروريّ، والاختياري أيضاً نوعان: أحدهما: صريحٌ وما يجري مجرى الصّريح، وثانيهما: دلالة، وأمّا الصّريح وما في معناه فنحو أن يقول: أجزتُ البيع، أو رضيتُ، أو اخترتُ، أو ما يجري هذا المجرى، سواء علم البائع بالإجازة أم لم يعلم؛ لأنّ الأصل في البيع المطلق هو اللّزوم، والامتناع لخللٍ في الرّضا؛ فإذا جاز ورضي فقد زال المانع فيلزم.

وأمّا الدّلالةَ فهو أن يوجد من المشتري تصرّفٌ في المبيع بعدالرّؤية يدلّ على الإجازة والرّضا،مثل القبض بعد الرّؤية؛ إذ القبضُ بعد الرّؤية دليلُ الرّضا بلزوم البيع؛ لأنّ للقبض شبهاً بالعقد؛ فكان القبض بعد الرّؤية كالعقد بعد الرّؤية، وذلك دليلٌ للرّضا، وسواء في ذلك القبض بالأصالة أو بالوكالة والنّيابة وهو ينظر إليه، وإن لَمْ ينظر فلا يبطل خيار الأصل بقبض الوكيل.

وأمّا الضّروريّ فهو كلّ ما يسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعه، نحو: موت المشتري عند الحنيفة.

والأصل عند الحنفية: أنّ كلّ ما يبطل خيار الشّرط والعيب يبطل خيار الرّؤية، إلاّ أنّ خيار الشّرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرّؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرّؤية ولا بعدها.

وأمّا قبلها؛ فلأنّ أوان ثبوت الخيار هو أوان الرّؤية، فقبل الرّؤية لا خيار وإسقاط الشّيء قبل ثبوته وثبوت سببه مُحالٌ.

وأمّا بعدها؛ فلأنّ الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين؛ لأنّ ركن العقد مطلق عن الشّرط نصّاً ودلالةً، وإنّما يثبت شرعاً لحكمه فيه فكان ثابتاً حقّاً لله تعالى.

انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٧-٥٧٩، والهداية ٣/٣٢-٣٥، والمجموع ٩/٢١٥، و٢١٩.

الامتناع من الفسخ بعد الإمكان دليلٌ للإجازة والرّضا. وبه قال المالكية، والحنابلة وقولٌ للحنفية(١).

المذهب الثّاني: أنّ خيار الرّؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر إلى أَنْ يوجد ما يُبْطِلُهُ؛ فيبطل حينئذٍ، وإلاّ فيبقى على حاله ولا يتوقّف على الرّؤية ولا على إمكان الفسخ؛ لأنّ سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرّضا والحكم يبقى ما بقي سببه. به قال بعض الحنفية(٢).

وأمّا الفسخ قبل الرّؤية فمبناه على وقت الخيار، ونوع العقد، أعني: أهُوَ لازمٌ أم غير لازمٍ.

وعلى أنّ وقت الخيار هو وقت الرّؤية فلا يجوز إلاّ بعد الرّؤية؛ لأنّه لا خيار له قبل الرّؤية، ولهذا لَمْ تجز الإجازة فلا يجوز الفسخ.

وعلى أنّه عقدٌ غير لازمٍ فيجوز الفسخ قبل الرّؤية؛ لأنّه عقدٌ غير لازمٍ فكان محلّ الفسخ؛ كالعقد الذي فيه خيار العيب، وعقد الإعارة والإيداع(٣).

وانفساخ العقد على نوعين: اختياريّ وضروريّ؛ فالاختياري هو أن يقول: فسختُ العقدَ، أو نقضتُهُ، أو رددتُهُ، وما يجري هذا المجرى، والضّروري أَنْ يهلك المبيع قبل القبض(٤).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٦-٥٧٩، والهداية ٣/٣٢-٣٥، والمدوّنة ٣/٢٥٥، والتّلقين ص٣٦٢، ومختصر خليل ص ١٧١، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٣٣-١٣٤، والمغني ٦/٣٢، و٣٥، والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٩٨.

(٢) وهو اختيار الكرخي منهم. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٦.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٦، والتّلقين ص ٣٦٢، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٣٣-١٣٤، والمغني ٦/٣٢، و٣٥.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨١، وراجع فقرة: ضمان المبيع قبل القبض في ق (٣٩، و٧٥).

الموضع الرّابع: إذا رأى أو وُصِفَ له بعض المبيع دون البعض[1]:

إذا رأى المشتري أو وُصِفَ له بعضه دون البعض؛ فجملة الكلام في جنس هذه المسألة أنّ المبيع لا يخلو إمّا أن يكون شيئاً واحداً، وإمّا أن يكون أشياء.

فإن كان المبيع المرئيّ شيئاً واحداً فرأى بعضه لا يخلو إمّا أن يكون ما رآه منه مقصوداً بنفسه، وما لَمْ يره منه تبعاً.

وأمّا إن كان كلّ واحد منهما مقصوداً بنفسه فإنْ كان مَا لَمْ يره تبعاً لِمَا رآه فلا خيار له، سواء كانت رؤية ما رآه تفيد له العلم بِحال مَا لَمْ يره أم لا تفيد؛ لأنّ حكم التّبع حكم الأصل، فكانت رؤية الأصل رؤية التّبع.

وإن كان مقصوداً بنفسه فَيُنْظَر في ذلك، إن كانت رؤية ما رأى تفيد له العلم بِحال ما لَمْ يَرَهُ، فلا خيار له أيضاً؛ لأنّ المقصود العلم بِحال الباقي فكأنّه رأى الكلّ، وإن كان لا يفيد له العلم بِحال الباقي، فله الخيار؛ لأنّ المقصود لَمْ يَحصل برؤية ما رأى؛ فكأنّه لم يَرَ شيئاً منه أصلاً.

وأمّا إن كان المبيعُ المرئيُّ أشياء فرأى وقت العقد بعضها دون البعض فلا يخلو أيضاً:

إمّا أن يكون من المكيلات أو الموزونات فرأى بعضها وقت العقد؛ فإن كان في وعاء واحد فلا خيار له؛ لأنّ رؤية البعض فيها تفيد العلم بالباقي فكانت رؤية البعض كرؤية الكلّ، إلاّ إذا وُجِدَ الباقي بخلاف ما

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧٣/٤-٥٧٤، و٥٨٠، والهداية ٣٣/٣، ومختصر خليل ص ١٧٠-١٧١، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٣٣/٢-١٣٤، ومواهب الجليل والتّاج ١٠٠/٦، و١١٤،والمهذّب ٢٧/٢، والمجموع ٢١٧/٩، وروضة الطّالبين ٣٧٢/٣، والمغني ٣٥/٦، والشّرح الكبير والإنصاف ٩٤/١١-١٠١، والفروع ١٤٣/٦-١٤٥، ومنتهى الإرادات ٢٤٦/١، وشرح منتهى الإرادات ١٣٦/٣.

رأى؛ فيثبت له الخيار، لكن خيار العيب لا خيار الرّؤية.

وإن كان وعاءين، وكان الكلّ من جنسٍ واحدٍ وعلى صفةٍ واحدةٍ، فالصّحيح -أيضاً- أن لا خيار له[١]؛ لأنّ رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي، سواء كان في وعاءٍ واحدٍ أو في وعاءين بعد أن كان الكلّ من جنسٍ واحدٍ على صفةٍ واحدةٍ.

وإن كان من جنسين أو من جنسٍ واحدٍ على صفتين فله الخيار بلا خلاف؛ لأنّ رؤية البعض من جنسٍ وعلى وصفٍ لا تفيد العلم بِجنسٍ آخر، وعلى وصف آخر[٢].

وإنْ كان المبيعُ المرئيُّ من العدديّات المتفاوتة؛ كالعبيد والدّواب والثّياب، بأن اشترى جماعةَ عبيد، أو جوار، أو إبلٍ، أو بقر، أو قطيع غنم؛ فرأى بعضها أو كلّها إلاّ واحداً فله الخيار بين أن يردّ الكلّ أو يَمسك الكلّ؛ لأنّ رؤية البعض من هذا الجنس لا تفيد العلم بما وراءه، فكأنّه لَم يرَ شيئاً منه بِخلاف المكيل والموزون؛ لأنّ رؤية البعض منه تفيد العلم بالباقي[٣].

وإن كان من العدديّات المتقاربة؛ كالجوز والبيض، فرأى البعض منها فلا خيار له على الصّحيح[٤]؛ لأنّ التّفاوت بين صغير البيض والجوز

---

(١) وهو قول مشايخ العراق من الحنفية. وقال مشايخ بلخ منهم: له الخيار؛ لأنّ اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسي.
انظر: بدائع الصّنائع ٤٧/٤، و٥٧٥، و٥٨٠، والهداية ٣٣/٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧٥/٤، و٥٨٠-٥٨١، والهداية ٣٣/٣، والمقدّمات ٧٨/٢، ومواهب الجليل ١٢١/٦-١٢٢، والمهذّب٢٧/٢، والمغني ٣٣/٦-٣٧، و٣٨٥-٤٠١، والشّرح الكبير ١٠٢/١١-١٠٣.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

(٤) وقال بعض الحنفية: له الخيار، قياساً على العدديّات المتفاوتة لاختلافها في الصّغر =

وكبيرهما متقاربٌ مُلْحَقٌ بالعدم عرفاً وعادةً وشرعاً، ولهذا أُلْحِقَ بالعدم في السَّلَم حتّى جاز السَّلَم فيها عدداً؛ فكانت رؤية بعضه مُعَرِّفاً حالَ الباقي.

الموضع الخامس: يجوز نقد الثّمن تطوّعاً في شراء العين الغائبة بالصّفة، أو بالرّؤية المتقدّمة بغير شرط، فإن كان بشرط فسد العقد، لتردّد الثّمن بين أن يكون ثَمناً فيما إذا ظهر المبيع موافقاً للصّفة أو الرّؤية، وبين أن يكون سلفاً إذا تلف المبيع أو ظهر أنّه مخالف للصّفة والرّؤية، إلاّ في المأمون؛ كالعقار ونحو ذلك، وكبيع الأعدال على البرنامج؛ فإنّه جائزٌ إذا تبيّن ما تضمنه برنامجه[1].

الموضع السّادس: ضمان العين الغائبة:

ضمانها على البائع؛ لأنّ القبض لَمْ يَتِمَّ بعد، إلاّ أن يشترطه على المشتري فالمؤمنون على شروطهم. وبه قال الحنفية والمالكية والحنابلة[2].

=

والكبر؛ كالبطّيخ والرّمان، وكأنّ الكاساني مال إليه حيث قال في بدائع الصّنائع ٥٧٥/٤: «ويحتمل أن يكون الجواب على ما ذكره الكرخيّ، ويفرّق بين هذا وبين السَّلَم، وهو أنّ البيض والجوز ممّا يتفاوت في الصّغر والكبر حقيقةً. والأصل في الحقائق اعتبارها إلاّ أنّ الشّرع أهدر هذا التّفاوت وأَلْحَقَهُ بالعدم في السَّلَم؛ لحاجة النّاس، ولا حاجة إلى الإهدار في إسقاط الخيار؛ فبقي التّفاوت فيه مُعْتَبَراً، فرؤية البعض لا تُحَصِّلُ المقصود، وهو العلم بحال الباقي فبقي الخيار. والله عزّ وجلّ أعلم».

انظر: بدائع الصّنائع ٥٧٥/٤، والهداية ٣٣/٣-٣٥.

(١) انظر: رسالة القيرواني ص ٢١٦، والتّلقين ص ٣٦٢، والمعونة ٩٨٠/٢-٩٨١، والبيان والتّحصيل ٨٤/٧، و٢٥٩، وجامع الأمّهات ص ٣٣٩، و٣٤٠، ومختصر خليل ص ١٧١، وشرحي ابن ناجي وزروق١٣٣/٢-١٣٤،ومواهب الجليل والتّاج١١٥/٦، و١١٩، و١٢٢-١٢٤،والمجموع٢١٨/٩.

(٢) انظر: عيون المسائل ص ٧١، وبدائع الصّنائع ٣٥٦/٤، والمدوّنة ٢٦٠/٣-٢٦١، والتّفريع

=

الموضع السّابع: بيع وشراء الأعمَى:

إنّما تُذْكر هذه المسألة ضمن مسائل بيع العين الغائبة؛ لكون الأعمى إنّما يشتري معتمداً على الصّفة أو الرّؤية المتقدّمة قَبْل عماته؛ فشابه شراء الشّيء الغائب(١)، واختلف الفقهاء في بيع وشراء الأعمَى على مذهبين:

ذهب جمهور أهل العلم ومنهم: الحنفية والمالكية والحنابلة والشّافعي في القديم إلى جواز بيع الأعمى وشرائه(٢).

من أدلّتهم:

١-قوله ﷺ للذي يُخْدَعُ في البيوع: ((مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ: لا خِلابَةَ))(٣).

وجه الاستدلال منه؛ حيث ثبت أنّه كان ضرير البصر، ومع ذلك أجاز له النَّبيّ ﷺ البيع والشّراء، وجعل له عهدةَ ثلاثةِ أيّام، إنْ رَضِي أخذ، وإنْ سَخِطَ ترك(٤).

=

٢/١٧٠، والتّلقين ص ٣٦٢، والمعونة ٢/٩٨٠، والمنتقى ٦/١٨٧، والمقدّمات ٢/٧٦، والتّمهيد ١٢/٢١١، وعقد الجواهر ٢/٦٢٨، ومختصر خليل ص ١٧١، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٣٣-١٣٤، ومواهب الجليل والتّاج ٦/١٢٤، والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٩٥-١٠١، والفروع ٦/١٤٣-١٤٥، ومنتهى الإرادات ١/٢٤٣.

(١) انظر: مواهب الجليل ٦/١١٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٨١، وبدائع الصّنائع ٤/٣٦٦، والهداية ٣/٣٤، والمعونة ٢/١٠٣٢، وعقد الجواهر ٢/٦٢٧، وجامع الأمّهات ص ٣٤٠، ومختصر خليل ص ١٧١، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٣٣-١٣٤، ومواهب الجليل والتّاج ٦/١١٥، والمهذّب ٢/٢٧، والمجموع ٩/٢٢١، وروضة الطّالبين ٣/٣٧٠، والفروع ٦/١٤٤، والإنصاف ١١/١٠١، ومنتهى الإرادات ١/٢٤٦، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٣٨، والمحلّى ٧/٢١٥، وفتح الباري ٤/٤٢٢.

(٣) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٧، ومعالم السّنن ٣/٧٦٦.

٢-وأيضاً لم يُفَرِّق النَّبيّ ﷺ في إجازة البيع والشّراء بين ما قد رآه قبل عُمْيه وبين غيره.

٣-الإجماع؛ فإنّ العميان في كلّ زمانٍ ومكانٍ من لدن رسول الله ﷺ لَمْ يُمْنَعوا من بياعاتهم وشراءاتهم، بل باعوا في سائر الأعصار من غير إنكارٍ.

المذهب الثّاني:منع بيع الأعمَى وشرائه إذا كان أصليّاً،يعني: إن كان وُلِدَ أعْمَى، وإنْ كان بصيراً فرأى الشّيء ثم عُمِيَ فاشتراه جاز، وبه قال الشّافعي في الجديد، وعليه مذهب الشّافعية، وقولٌ لبعض المالكية[١].

قالوا: لأنّه لا يقف على حقائق المدرك بِمجرّد الوصف[٢].

ولأنّ بيع ما لم يره يَتمّ بالرّؤية، وذلك لا يوجد في حقّ الأعمى، ولا يُمكنه أن يوكّل في الخيار؛ لأنّه خيارٌ ثبت بالشّرع، فلا تجوز الاستنابة فيه؛ كخيار المجلس، بخلاف خيار الشّرط[٣].

وأجازوا التّوكيل في البيع والشّراء وغيرهما، قال في المجموع:((قال أصحابنا:وكلّ ما لا يصحّ مِنَ الأعمَى من التّصرّفات؛ فطريقه أن يُوَكِّل،وتحتمل صحّة وكالته للضّرورة...

فرع: إذا مَلَك الأعمَى شيئاً بالسَّلَم أو الشّراء حيث صحّحناه، لم يصحَّ قبضه ذلك بنفسه، بل يُوَكِّل بصيراً يقبضه له بتلك الأوصاف، فلو

---

(١) منهم: أبو بكر الأبهري. وأجاز الشّافعية سَلَمَ الأعمى.
انظر: عقد الجواهر ٦٢٧/٢، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٣٣/٢-١٣٤، والتّاج والإكليل ١١٥/٦، ومختصر المزني ص ١٢٨، و١٣٣، والمهذّب ٢٧/٢، و١٢٢-١٢٣، وروضة الطّالبين ٣٧٠/٣، وفتح الباري ٤٢٢/٤.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٦٢٧/٢.

(٣) انظر: المهذّب ٢٧/٢.

قبضه الأعمَى لم يُعْتَدَّ به»[١].

والذي يترجّح جليّاً هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز بيع الأعمَى وشرائه مطلقاً من غير التّفريق بين مَنْ وُلِدَ أعْمَى، أو بصيراً رأى شيئاً ثم عُمِيَ، وذلك لقوّة أدلّة هذا القول، وصراحته وسلامته، وعدم قيام ما يعارضه عند القول المخالف.

وإذا جاز شراؤه وبيعه فله الخيار فيما اشترى، ولا خيار له فيما باع، لثبوت الأوّل في الحديث دون الآخر[٢]. والله –سبحانه وتعالى– أعلم بالصّواب.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لصحّة القاعدة وحجّيتها بالأدلّة السّابقة عند القائلين بها في المواضع السّابقة،ولأنّ السّلف كانوا يتبايعونه ويُجيزون بيعه،كما تقدّم[٣].

ضابط أو معيار الصّفة المعتبرة في بيع العين الغائبة:

إذا ثبت جواز بيع الغائب بالصّفة؛ فالذي يُحتاج من ذلك أن تكون صفةً مقصودةً مرغوبةً منضبطةً، تختلف الأغراضُ باختلافها، وتتفاوت الأثْمانُ لأجلها، وتقبل الرّغبة في العين، وتكثر بحسب وجودها وعدمها، ولا يُكْتَفى في ذلك بذكر الجنس والعين فقط؛ لأنّ بيع الملامسة لا يُعرى من مشاهدة العين ومعرفة الجنس، وهو مع ذلك غير جائزٍ، فيحتاج إلى ما يكفي في السّلم.

ومِمّا يفضي بالغرر في المثمن والثّمن: جهالة الجنس، والنّوع،

---

(١) المجموع للنّووي ٢٢٢/٩، وانظر: روضة الطّالبين ٣٧٧/٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٧/٤، والمجموع ٢٢١/٩-٢٢٢.

(٣) انظر: التّمهيد ٢١٣/١٢.

والقدر؛ فإنّ الجهالة بهذه مفضيةٌ إلى المنازعة، ومانعةٌ من صحّة البيع، فيشترط العلم بها إمّا بطريق الرّؤية البصرية، أو الصّفة الكاشفة المنضبطة؛ بحيث لا يبقى بعد الوصف إلاّ تفاوتٌ يسيرٌ غير فاحشٍ؛ لصيانة العقد من الجهالة المفضية إلى المنازعة.

ولا يضرّه الإخلال بما لا يؤثّر فيها، ولا يلزم أن يذكر جميع الصّفات؛ لأنّ ذلك لا يمكن ولا يحتاج إليه، وإنّما يُكْتَفَى بالمحتاج، والرّؤية في كلّ شيءٍ بِحسب ما يليق به، وحسب عرف النّاس، وعرف أرباب التّجارة والعقارات.

كما يشترط أن تكون الصّفة التي تقام مقام الرّؤية كاشفةً، غير مخالفة للموصوف ولا متفاوتة، وإنِ تفاحش التّفاوت فلا ينعقد البيع[(١)].

وأمّا الرّؤية المتقدّمة فيشترط فيها أن تكون قريبةً بحيث يكون في

---

(١) إلاّ وجه عند الشّافعية بأنّه لا يصحّ البيع حتّى تُذْكَرُ جميعُ الصّفات كالْمُسَلَم فيه.
انظر: بدائع الصّنائع ٤٧/٤، و٣٢٩، و٣٩٣، و٤٣١، و٤٤٠-٤٤٣، و٤٨٣، والمدوّنة ٢٥٥/٣-٢٦٤، والمعونة ٩٧٩/٢، و٩٨٥، والاستذكار ٥٣١/٥، والمقدّمات ٧٩/٢، والبيان والتّحصيل ٣٢٥/٧، والمنتقى ٣٧٩/٦، وعقد الجواهر ٦٢٥/٢، و٦٢٧، وجامع الأمّهات ص ٣٧٢، والفروق ٢٤٧/٣، و٢٥٠، و٢٨٩، ومختصر خليل ص ١٧٠-١٧١، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٣٣/٢-١٣٤، ومواهب الجليل ١٠١/٦، و١١٧، و١٢٠، وتهذيب الفروق ٢٤٧/٣، والمهذّب ٢٥/٢-٢٧، و١٢٢-١٢٤، و١٢٦، والمجموع ٢١١/٩-٢١٥، و٢٢٩، و١٦٦/١٢، وروضة الطّالبين ٣٦٠/٣-٣٦٥، و٣٧٢-٣٧٤، وشرح مسلم ٤٣/١١، والمغني ٣٢/٦-٣٥ و٣٧، و٣٨٥، و٣٨٧، و٣٩١-٣٩٩، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٩٥/١١-٩٩، والفروع ١٤٣/٦-١٤٤، ومنتهى الإرادات ٢٤٦/١، و٢٧٩، وشرح منتهى الإرادات ١٣٧/٣-١٣٨، و٢٩٧، والمحلّى ٥٢/٨.

زمنٍ يؤمن فيه تغيّر المبيع[١].

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا باع شيئاً لَمْ يره البائع ولا المشتري بأوصافه الكاشفة، أو برؤيةٍ متقدّمةٍ يصحّ البيع بِمثلها؛ فإنّ البيع جائزٌ صحيحٌ إذا وجد على تلك الصّفة، أو الرّؤية، وعلى قول الحنفية يصحّ بدونهما[٢].

٢- لو باع ثوباً على أنّه مصبوغٌ بعصفرٍ، فإذا هو مصبوغٌ بزعفران، لا ينعقد البيع؛ لأنّ العصفر مع الزّعفران يختلفان في اللّون اختلافاً فاحشاً[٣].

٣- لو باع جبّة على أنّ بطانتها وظهارتها كذا وحشوها كذا، فإن كانت الظّهارة من غير ما شرط لا ينعقد البيع،وإن كانت البطانة والظّهارة والحشو مِمّا شرط جاز البيع[٤].

٤- إذا اشترى البصير شيئاً لم يره ثبت له خيار الرّؤية، وإذا عُمِي بعد ذلك وقبل الرّؤية، فهو والأعمَى الأصليّ سواء؛ فتكون رؤيته رؤية العميان، وخياره[٥].

٥- إذا اشترى شيئاً مغيباً في الأرض؛ كالجزر والبصل والفجل ونحوها جاز، وصحّ العقد، ويثبت له الخيار إذا قلعه[٦].

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٦، والهداية ٣/٣٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٢٩، والهداية ٣/٣٥.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٠، والمجموع ٩/٢٣٦.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨١.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٧، و٥٨٠-٥٨١، والهداية ٣/٣٣، والمقدّمات ٢/٧٨، والتّاج والإكليل ٦/١١٥، والمهذّب ٢/٢٨، والمجموع ٩/٢١٩.

٦-يَجوز لمشتري السّلعة الغائبة أن يبيعها قبل القبض من غير الذي اشتراها منه بما شاء، إلاّ أن يكون قريب الغيبة، وأمّا الذي باعها منه فلا يجوز له أن يبيعها منه بِمثل الثّمن ولا بأكثر ولا بأقل؛ لأنّه فسخ الدَّين في الدَّين[١].

٧-لو اختلف البائع والمشتري في التّغيّر وعدمه، فقال البائع: لَمْ يتغيّر، وقال المشتري: قد تغيّر؛ فالقول قول البائع؛ لأنّ الأصل عدم التّغيّر، والتّغيّر عارضٌ؛ فكان البائع مُتَمَسِّكاً بالأصل، والمشتري مُدَّعياً أمراً عارضاً؛ فكان القول قولَ البائع، لكن مع يَمينه؛ لأنّ حقّ الرّدّ أَمرٌ يجري فيه البدل والإقرار؛ فيجري فيه الاستحلاف، ولأنّ المشتري بدعوى التّغيّر يدَّعِي حقّ الرّدّ والبائع ينكر فكان القول قول المنكر[٢].

٨-ولو اختلفا فقال البائع للمشتري: رأيته وقت الشّراء، وقال المشتري: لَمْ أره؛ فالقول قول المشتري؛ لأنّ عدم الرّؤية أصلٌ، والرّؤية عارضةٌ؛ فكان الظّاهر شاهداً للمشتري، فكان القول قولَهُ مع يَمينه، ولأنّ البائع بدعوى الرّؤية يرغب إلزام العقد، والمشتري ينكر فكان القول قوله[٣].

٩-لو اشترى مشترٍ فرساً أو بغلاً أو حماراً أو نحو ذلك، فرأى وجهه لا غيره؛ فإنّ له الخيار ما لَمْ ير وجهه ومؤخَّرَه؛ لأنّ الوجه والمؤخّر كلّ واحد منهما عضوٌ مقصودٌ في الرّؤية في هذا الجنس، فما لَمْ يرهما فهو على خياره[٤].

---

(١) انظر: المقدّمات ٢/٧٩-٨٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٣، والمدوّنة ٣/٢٥٧-٢٦٤، ومواهب الجليل والتّاج ٦/١١٦-١١٧، والمغني ٦/٣٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٣.

(٤) هذا قول أبي يوسف من الحنفية، وهو الصّحيح عند الحنفية.
انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٤.

١٠-بناء على هذا، لو اشترى مشترٍ سيّارةً، فرأى مقدَّمها دون مؤخَّرها؛ فإنّ له الخيار؛ لأنّ كلّ واحدٍ من مقدَمها ومؤخّرها عضوٌ مقصودٌ في الرّؤية فيها فما لَمْ يَرَهما فهو على خياره.

١١-لو اشترى مشترٍ داراً فرأى خارجها، أو بستاناً فرأى خارجه ورؤوس الأشجار، وكان العرف يعتبره رؤية؛ فلا خيار له، لأنّ الدّار شيءٌ واحدٌ، وكذا البستان؛ فكانت رؤية البعض رؤية الكلّ، هذا إذا لَم يكن في الدّار بيوتٌ وأبنيةٌ؛ فيحصل المقصود برؤية الخارج.

١٢-أمّا إذا كان داخلها أبنيةٌ؛ فله الخيار ما لَم ير داخلها؛ لأنّ الدّاخل هو المقصود من الدّار والخارج كالتّابع له بِمَنْزلة الثّوب المعلَّم إذا رأى كلّه إلاّ عَلَمه، كان له الخيار؛ لأنّ العَلَم هو المقصود منه.

١٣-لو اشترى مشترٍ جماعةَ ثياب في جراب، ورأى أطراف الكلّ، أو طيّ الكلّ لا خيار له إلاّ إذا كانت معلَّمةً، أو منقّشَةً؛ لأنّها إذا لم تكن معلَّمة أو منَقَّشَة لم يكن البعض من كلّ واحدٍ منها مقصوداً والبعض تبعاً، ورؤية البعض تفيد العلم بحال الباقي؛ فكانت رؤية البعض رؤية الكلّ، أمّا لو كانت معلَّمةً أو منقَّشةً فيثبت له الخيار؛ لأنّ البعض منها ليس تبعاً للبعض، بل كلّ واحدٍ منها مقصودٌ بنفسه؛ فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بالباقي لكونها متفاوتةً تفاوتاً فاحشاً فكان له الخيار[1].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧٥/٤، والهداية ٣٥/٣، والمقدّمات ٧٨/٢، ومواهب الجليل ١٢١/٦-١٢٢،و١٢٣،والمجموع٢١٢/٩-٢١٣،والمغني٣٧/٦،والمحلّى٢١٥/٧.

١٤-في الرّؤية من خارج قارورة، أو زجاج، أو مرآة، أو ماءٍ تفصيلٌ؛ فلو اشترى مشترٍ دهناً أو ثياباً أو سَمكاً أو أيّ شيءٍ بهذه الرّؤية، يُنْظَر؛ فإن كانت الرّؤية منها تَحكِي حقيقة المبيع على الوجه المعتاد بخلق الله تعالى أو على طبيعته، فلا خيار له؛ لأنّ هذه الرّؤية من الخارج تفيد العلم بالدّاخل حينئذ، فكأنّه رآه وهو خارجٌ.

١٥-وإن كانت الرّؤية لا تَحْكِي الحقيقة على الوجه المعتاد؛ فله الخيار؛ لأنّ العلم بِما في داخلها لا يحصل بالرّؤية من خارجها حينئذ؛ لتفاوت هذه الأشياء، ولأنّ ما في الدّاخل يتلوّن بلونها فلا يحصل المقصود من هذه الرّؤية، ولأنّ الشّيء لا يُرَى في الماء كما هو،بل يُرَى أكثر مِمّا هو، فلم يحصل المقصود بهذه الرّؤية، ولأنّ الإنسان في العرف لا يشتري شيئاً لَم يره ليراه في المرآة أو في الماء؛ ليحصل له العلم بهذا الطّريق، فلا تكون رؤيته في المرآة وإن رأى عينه مُسْقِطَةً للخيار[1].

١٦-كما تجري هذه القاعدة في بيع وشراء الغائب بالصّفة أو بالرّؤية المتقدّمة المعتبرة، وكذلك تجري في الإجارة، ورأس مال السَّلَم إذا سلم في المجلس، وفي المصالحة عليه، وفي وقفه، والرّهن، والهبة، والصّداق بالعين الغائبة، والخلع عليها، والعفو عن القصاص، والمساقاة؛ فإنّ هذه العقود تصحّ على القاعدة؛ بالصّفة أو بالرّؤية المتقدّمة المعتبرة، وتترتّب عليها آثارها الشّرعية، وما قيل في ذلك يقال في تصرّفات الأعمَى[2].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٧٥-٥٧٦، والمجموع ٩/٢٠٧، و٢١٢-٢١٣، والمغني ٦/٢٩١-٢٩٢،والشّرح الكبير١١/٩٢-٩٣، وشرح منتهى الإرادات٣/١٣٥.

(٢) انظر: المجموع ٩/٢١٢، و٢٢٢، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٤/٣٣٢-
=

١٧-قال في بدائع الصّنائع: «وذُكِرَ أنّ أبا حنيفة عليه الرّحمة أجاب على عادة أهل الكوفة في زمنه؛ فإنَّ دُورَهُم في زمنه كانت لا تختلف في البناء، وكانت على تقطيعٍ واحدٍ، وهيئةٍ واحدة، وإنّما كانت تختلف في الصّغر والكبر، والعلم به يحصل برؤية الخارج، وأمّا الآن، فلا بدّ من رؤية داخل الدّار، وهو الصّحيح لاختلاف الأبنية في داخل الدّور في زماننا اختلافاً فاحشاً فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالدّاخل، والله ﷻ أعلم»[1]، وهذا من اعتبار العوائد والأعراف السّائدة، وتأثيرها في الفتاوى في الأمور التي تتجدّد وتتغيّر بتغيّر الأزمان والأمكنة.

وعلى هذا تَتَخرّج صور العقود المعاصرة،كلّ بحسب عرفه،وعرف التّجار وأصحاب العقّار، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

=

٣٣٣، وشرح منتهى الإرادات ٣/٦٠٠.

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٥٧٤.

الفصل الثّالث: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالشّروط في العقد

وفيه خمسة مباحث:



المبحث الأوّل: القاعدة السّادسة والثّلاثون [٣٦]

[المُؤمِنُون عِنْدَ شُرُوطِهِمْ]

ذكرها ضمن مسائل مَنْ صحّ فيه الظِّهَارُ دليلاً لأحد الأقوال؛ حيث قال: «وأمّا هل من شرط الظِّهَار كون الْمُظَاهَر منها في العصمة أم لا؟

فمذهب مالك أنّ ذلك ليس من شرطه، وأنَّ مَنْ عيَّن امرأةً مَّا بعينها وظَاهَرَ منها بشرط التّزويج كان مُظَاهراً منها، وكذلك إن لم يعيِّن وقال: كلُّ امرأة أتزوَّجُها فهي منِّي كظَهْرِ أمِّي، وذلك بخلاف الطّلاق[١]...

وقال قائلون: لا يلزم الظِّهَارُ إلاّ فيما يَملك الرّجلُ[٢]...

وفرّق قومٌ[٣] فقالوا: إنْ أطلَق لم يلزمه ظِهَارٌ وهو أَنْ يقول: كلّ امرأة أتزوّجها فهي منِّي كَظَهْرِ أمِّي، فإنْ قيَّد لزمه وهو أَنْ يقول: إنْ تزوَّجتُ فلانةً أو سَمَّى قريةً أو قبيلةً...

ودليل الفريق الأوّل قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[٤]، ولأنّه عقدٌ على شرط الْمِلْكِ فَأَشْبَهَ إذا مَلَكَ، **والْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[٥].

---

(١) وهو مذهب الحنفية والحنابلة.
انظر: مختصر القدوري ص ١٦٥، وبدائع الصّنائع ٣/٣٦٨، والهداية ٢/١٧-١٩، والاستذكار٥/٥٢-٥٣، وأحكام ابن العربي ٤/١٩١، وتفسير القرطبي ١٧/٢٣٤، والمغني ١١/٧٥، والشّرح الكبير ٢٣/٢٥٧، وشرح منتهى الإرادات ٥/٥٤٢.

(٢) وهو مذهب الشّافعية.
انظر: مختصر المزني ص ٢٧٦-٢٧٨، والمهذّب ٣/١١٦.

(٣) منهم: ابن أبي ليلى، والحسن بن حُيّ. انظر: الاستذكار ٥/٥٣.

(٤) سورة المائدة، الآية: ١.

(٥) بداية المجتهد ٣/٢٠٣-٢٠٤.

توثيقها:

هذه القاعدة من أشهر القواعد، وقد ورد ذكرها في كتب أهل العلم بهذه الصّيغة، أو بصيغة أخرى مفادهما واحدٌ، ويكفي أنّه جاء مفادها من قول النّبيّ ﷺ مثل: ((الْمُسْلِمُون عَلَى شُرُوطِهِم، إلاّ شَرْطاً حَرَّمَ حَلالاً أو أَحَلَّ حَرَاماً))[١].

وقال عمر بن الخطاب: ((مَقَاطِعُ الحقوق عند الشُّرُوط))[٢].

ما جاء في الجامع الصّحيح: ((مَنْ شرط على نفسه طائعاً غير مُكْرَهٍ فهو عليه))[٣].

ومن مواضع ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم ما يلي:

ما جاء في بدائع الصّنائع: ((الأصل في الشّروط اعتبارها ما أمكن))[٤].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٤/٢٠، كتاب الأقضية، باب في الصّلح، برقم: (٣٥٩٤)، والتّرمذي في سننه ٣/٦٣٥، كتاب الأحكام، برقم: (١٣٥٢)، وقال: ((حديثٌ حسنٌ صحيحٌ))، وأخرجه البخاري في صحيحه ٤/٥٢٧ تعليقاً، كتاب الإجارات، باب أجر السَّمْسَرَة، وقال ابن العربي في عارضة الأحوذي ٦/١٠٣: ((قد رُوِي من طرق عديدة، ومقتضى القرآن وإجماع الأمّة على لفظه ومعناه))، وصحّحه الحاكم في المستدرك٢/٣٩، وقال النّووي في المجموع: ((رواه داود بإسناد حسنٍ، أو صحيحٍ))، وانظر: التّمهيد ١١/٢٢٥، و٢٢٨، وإرواء الغليل ٥/١٤٤، ومشكاة المصابيح برقم: (٢٩٢٣).
وضعّفه ابن حزم في المحلّى ٦/٣٠، و٣٥٣، و٧/٢٤٤، و٣١٢، و٥٤٣، و٨/٦١، و١٣٢، و١٣٩.

(٢) تقدّم تخريجه في التّمهيد، فقرة مصدر القواعد الفقهيّة واستمدادها.

(٣) صحيح البخاري ٥/٤١٧، وانظر: إعلام الموقّعين ص ٨٦١.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٦٣، وانظر: ٢٤١، و٥/١٣٧، و٣١١.

شرح مفردات القاعدة:

شروطهم، الشّرط لغةً: واحد الشّروط من الشَّرَط، واحد الأشراط وهو العلامة، وسُمِّيت الشّروط شروطاً لكونها إعلاماً على المعقود عليه(١).

واصطلاحاً: ما يلزم من عدمه العدمُ، ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدم لذاته(٢).

والشّرط في العقود عند الفقهاء هو: إلزام أحد الْمُتَعَاقِدَين الآخَرَ، بسبب العقد ما له فيه منفعةٌ، يعني: كلّ حكمٍ معلومٍ يتعلّق بأمرٍ يقع بوقوعه(٣).

قال في عارضة الأحوذي: «الشَّرْطُ هو: العلامة، ومنه أشراط السّاعة، وهو عبارة عن كلّ شيءٍ يدلّ على غيره، ويُعْلَمُ مِنْ قِبَلِه، ولَمَّا كانت العقودُ يُعْرَفُ بها ما جرى سُمِّيَتْ شروطاً، وسُمِّيت وَثَائق من الوثيقة، وهي ربط الشّيء لئلاّ يَنْفَلِق ويذهب»(٤).

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ مِنْ القواعد الجامعة في الفقه الإسلامي وهي واضحة المعنَى، ويدخل تحتها فروعٌ كثيرةٌ في جميع أبواب الفقه، ويحتاج إليها كلّ

---

(١) انظر: مختار الصّحاح ص ٣٣٤، والمصباح المنير ص ١١٨.

(٢) انظر: الفروق ٦٢/١، وتنقيح الفصول ٦٩/١، و٧٠، و٩٩، وفتح الباري ٣٦٩/٥، وتسهيل الوصول ص ١٢.

(٣) انظر: المفردات ص ٢٦١، والتّعريفات ص ١٢٥، وأشباه ابن نجيم ص ٣٦٧، ومنتهى الإرادات ٢٥٢/١.

وانظر أيضاً: عارضة الأحوذي ٢٢٠/٥، وفتح الباري ٣٦٩/٥، ومقدّمة شروط السّمرقندي ص ٣.

(٤) عارضة الأحوذي لابن العربي ٢٢٠/٥.

فردٍ من أفراد الأمّة في تصرّفاته اليومية، لتحقيق غرضه إثباتاً أو نفياً؛ إذ تنفع المفتِي وهو من أَوَّلِيّات ما ينظر فيه، ولا يستغنِي عنها القاضي في فصل الخصومات؛ لأنّ مقاطع الحقوق عند الشّروط، ولأنّ الشّرط أملك؛ إذ قد يثبت بالشّرط ما لا يَثبت بإطلاق العقد، بدليل اشتراط صفةٍ في المبيع، وكتاب الشّروط هو الذي يتضمّن حقوق المحكوم له، وهي لأرباب الأموال ورجال الأعمال في تجاراهم وشركاهم كفيلةٌ ومخرجةٌ؛ لأنّ الشّرط يأخذ قسطاً من الثّمن، فإذا جرى بين المتعاقدين شرطٌ؛ فإنّه يلزم الوفاء به، ومَنْ خالفه منهما -لأنّ الشّرط يوجب فعل المشروط-؛ فإنّ لصاحبه الخيار؛ لأنّ كلَّ مَنْ شَرَطَ على نفسه طائعاً غير مُكْرَهٍ فهو عليه، وشروط الأحكام يُعْتَبَرُ وجودُها بِكمالها لثبوت الأحكام، وتَنتفي بانتفائها، ولا يسقط خياره إلاّ بِما يدلّ على رضاه من قولٍ أو تَمكينٍ مع العلم بفعله ما اشترط أن لا يفعله، فإنْ مكّنت امرأةٌ نفسها مثلاً، قبل العلم لم يسقط حقّها بفسخ النّكاح؛ لفوات الشّرط؛ لأنّه لا يدلّ على رضاها بترك الوفاء؛ فلا أثر له كإسقاط الشّفعة قبل البيع[1].

وما يقرّه الإسلام من شروطٍ وقيودٍ؛ فإنّه متضمّن ما يحفظ المصالح والحقوق من غير إلحاق ضررٍ بأحد.

ولفظ القاعدة عامٌّ لجميع الشّروط الصّحيحة منها وغير الصّحيحة، إلاّ أنّ عمومها غير مرادٍ، بل عمومها مخصوصٌ بالشّروط الصّحيحة، فهي

(١) انظر: المهذّب ٧٤٢/٢، وإعلام الموقّعين ص ٩٩٣، وشرح منتهى الإرادات ١٧٧/٣، و١٨٢/٥.

التي تَحِلّ وتُعْتَبَر، والتي يلزم الوفاء بها، من باب التّعاون على البرّ والتّقوى، أمّا غير الصّحيحة والمنهي عنها؛ فلا يلزم الوفاء بها من باب ترك التّعاون على الإثم والعدوان؛ لعموم قوله -تعالى-: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[1].

يدلّ على تخصيص عمومها قوله ﷺ: «الْمُسْلِمُون عَلَى شُرُوطِهِم، إلاّ شَرْطاً حَرَّمَ حَلالاً أو أَحَلَّ حَرَاماً».

ولأنّ الشّروط الفاسدة لا يَحِلُّ الوفاء بها فلا يناسب الحثَّ عليها[2].

وأيضاً يدلّ على تخصيص عمومها ما ذُكِرَ في باب الضّمانات؛ أنّ الشّرط لا يُغَيِّر الواجب[3] شرعاً فيصيِّره غير الواجب، ولا يصيِّر غير الواجب شرعاً واجباً؛ لأنّ كلّ عقد اقتضى الضّمان مثلاً، لَمْ يُغَيِّره الشّرط، وما لا يَجب ضمانه لا يُصَيِّره الشّرط مَضموناً، وما يَجب ضمانه لا يَنتفي ضمانه بشرط نفيه[4].

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٢) انظر: فتح الباري ١٢٧/٩، والمغني ٤٣/٦-٤٤.

(٣) الواجب في الاصطلاح: ما أَمَرَ به الشّارعُ أمراً جازماً، والحرام: ما نَهَى عنه الشّارعُ نَهياً جازماً.

قال في مراقي السّعود مع نثر الورود ص ٤٨، و٤٩:

ثم الخطاب المقتضي للفعل ... جزماً فإيجابٌ لدى ذي النَّقل

وغيره النَّدبُ وما التَّركَ طَلَبْ ... جزماً فتحريمٌ له الإثم انتسبْ

وانظر: شرح القلشاني ص ١١٤.

(٤) انظر: معالم السّنن ٨٢٣/٣، والمغني ٣٤٢/٦، و١١٥/٨، والشّرح الكبير ٢٠٦/١١، و٩١/١٥.

وهذا هو معنَى ما ذُكِرَ في بعض[١] كتب أهل العلم بأنّ مقصود الشّروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، فالواجب والحرام هنا يتعيّن حملهما على المتعارف عليه عند الأصوليّين حتّى يتّفق قولهم مع معنَى الحديث السّابق: «إلاّ شرطاً حرّم حلالاً، أو أحلّ حراماً»، فيكون الإيجابُ بالشّرط؛ إلزامَ الْمُشترِط فعلَ ما لم يكن لازماً على الْمُشْتَرَط عليه من غير شرط، أو إلزامَه تركَ فعلٍ له فِعْلُهُ بدون شرط، وعدم الإيجاب شرعاً ليس نفياً للإيجاب؛ حتَى لا يكون المشترط مناقضاً للشّرع، بناء على هذا؛ فكلّ شرطٍ صحيحٍ فلا بدّ أن يفيد وجوبَ ما لم يكن واجباً؛ فإنّ المتبايعين يَجب لكلٍّ منهما على الآخر من الإقباض ما لم يكن واجباً، ويباح أيضاً لكلٍّ منهما ما لم يكن مباحاً، ويَحرم على كلٍّ منهما ما لم يكن حراماً، وكذلك كلٌّ من المتآجرين والمتناكحين، وكذلك إذا اشترط صفةً في المبيع، أو رهناً، أو اشترطت المرأة زيادةً على مهر مثلها؛ فإنّه يجب، ويحرم ويباح بهذا الشّرط ما لم يكن كذلك.

وهذا المعنَى هو الذي أوهم مَنِ اعتقد أنّ الأصل في الشّروط الفساد والبطلان؛ كما درج عليه الظّاهرية على ما سيأتِي إن شاء الله في فقرة موقف المذاهب الفقهية.

وتراكمت شُبَهٌ عندهم وعند كثيرٍ من النّاس حتّى توهّموا أنّ هذا الحديث متناقضٌ، وليس كذلك، بل كلٌّ ما كان حراماً بدون الشّرط؛ فالشّرط لا يُبيحه؛ كالرّبا والوطء في ملك الغير، وكثبوت الولاء لغير

(١) انظر: القواعد النّورانية ص ٢٧٤.

الْمُعْتِق؛ فإنّ هذه مُحَرَّمَةٌ إجماعاً؛ لأنّ الله حرّم الوطءَ إلاّ بِعقد نكاحٍ، أو ملك يَمينٍ؛ فلو أراد رجلٌ أن يُعير أمتَهُ لآخر للوطء لم يجز ذلك بغير شرطٍ؛ فالشّرط لا يُبيحه، بخلاف إعارتها للخدمة؛ فإنّه جائزٌ، وهكذا.

وأمّا ما كان مُباحاً بدون الشّرط مأذوناً فيه، فالشّرط يوجبه إيجابَ إلزامٍ الوفاء به عند التّشاحُن والتّنازع، ومندوب الوفاء به وإن لم يوجد نزاعٍ ولا مطالبة؛ لأنّه ممّا أُتُّفِقَ عليه؛ كالزّيادة في المهر والثّمن والرّهن وتأخير الاستيفاء؛ فإنّ الرّجل له أن يعطي المرأة، وله أن يتبرع بالرّهن وبالإنظار ونحو ذلك؛ فإذا شرطه صار واجباً، وإذا وجب فقد وجبت ولزمت المطالبةُ التي كانت حلالاً بدونه، وإن كانت المطالبة لم تكن حلالاً مع عدم الشّرط؛ فإنّ الشّارع لم يبح مطالبة الْمَدِين مطلقاً، فما كان حلالاً وحراماً مُطلقاً فالشّرط لا يغيِّره.

وأمّا ما كان مُباحاً شرعاً في أحوالٍ مخصوصة و لم يُبح مطلقاً؛ فإذا حوَّله الشّرط عن تلك الحال لم يكن الشّرط قد حرَّم ما أحلّه الله، وكذلك ما كان حراماً شرعاً في أحوالٍ مخصوصة، و لم يُحرَم مطلقاً، لم يكن الشّرط قد أباح ما حرَّمه الله، وإن كانَ بدون الشّرط يستصحب حكم الإباحة والتّحريم الأصليّين، إلاّ أنّ هناك فرقاً بين ثبوت الإباحة والتّحريم بالخطاب،وبين ثبوتهما بِمجرّد الاستصحاب؛فالعقد والشّرط يرفعان موجَب الاستصحاب، لكن لا يرفعان ما أوجبه كلام الشّارع، وعلى هذا تَتجمع النّصوص الواردة بصيغة القاعدة وآثار الصّحابة؛ مثل قول عمر ﷺ : «مقاطع الحقوق عند الشّروط» مع ما ظاهره التّعارض[1].

---

(١) انظر: القواعد النّورانية ص ٢٧٤-٢٧٥، و٢٨٤-٢٨٩.

قال في معالم السّنن: «وقوله: المسلمون على شروطهم»؛ فهذا في الشّروط الجائزة في حقّ الدَّين دون الشّروط الفاسدة، وهذا من باب ما أمر الله تعالى من الوفاء بالعقود»[(١)].

فيكون معنَى القاعدة: أنّ كلّ شرط يمكن اعتباره ومراعاته شرعاً ويفيد معتبرٌ، وهو الذي يلزم الوفاء به، إلاَّ ما خصّ بدليلٍ، وذلك هو كلّ شرطٍ لا يمكن مراعاته، ولا يفيد فهو هدرٌ؛ لأنّه يقتضي أن يكون كلّ مسلمٍ عند شرطه، وإنّما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به، ويلزمه إذا صحّ شرطٌ ومشروطٌ؛ فيكون المراد بالقاعدة الشّروط الجائزة، وهي مُقَيَّدَةٌ بِحدودٍ شرعيَّة معيَّنة،لا بدّ أن تكون غير منافيةلحكم العقد أو التّصرّف[(٢)].

أقسام الشّروط: تنقسم الشّروط إلى عدّة أقسام[(٣)]:

---

(١) معالم السّنن للخطابي ٤/٢٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٨٧، و٥٢١، و٥٦٥، و٥/٢٦٤، والتّمهيد ١٣/١٩٧-١٩٨، والذّخيرة ١٠/١٨، والمهذّب ٢/٧١٤، والمجموع ٩/٢٨٠، وفتح الباري ٩/١٢٤، مختصر الخرقي ٦/٤٩٩، والمغني ٦/٣٢٤، و٥٠٠، و٧/٦٢، و٣٥٣، و١٤/١٢٠، و٤٠٣، والشّرح الكبير ١١/٢٠٦، و٢٣٨، وإعلام الموقّعين ص ٨٦٢-٨٦٣، والمحلّى ٨/٦١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٢٤١-٢٤٨، وأشباه ابن نجيم ص ٣٦٧، والفروق ١/٦١ فما بعدها، و٧٧-٨٢، و٩٣، و١٠٩-١١٣، و٢/٩٧، و٣/٢١٩، والبيان والتّحصيل ٧/٢٦٠، وتنقيح الفصول ١/٧١، و٩٩، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥١، والقواعد الصّغرى ص ٧٩، وتمهيد الإسنوي ص ٤٠١-٤٠٨، وإحكام الفصول ص ٧٢٢، و٧٩٤، والمنثور ١/٢٢٦-٢٣١، وأشباه السّيوطي ص ٥٩٦-٥٩٨، والمغني ١٤/٣٩٨-٤٠٧، وإعلام الموقّعين ص ٥٨٩، و٧٨٧-٧٨٩، و٨٥٩، وشرح مختصر الطّوفي ١/٤٣٠-٤٤٠، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤٣٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٣١.

الشّروط الجعليّة وهي التي يشترطها المكلَّف في العقود؛ كالبيع والنّكاح والطّلاق والعتاق والوصية وغيرها، والشّروط الْجُعْلِيةُ قد يُقال إنّها شرعيةٌ بالنّظر إلى أنّ الله هو الذي أباح للمُكلَّف الانتفاع بها في الأصل قبل الاشتراط، ولكن لزومه نفياً وإثباتاً لا يكون لازماً إلى بالاشتراط، والمعتبرة منها مُقَيَّدَةٌ بحدود شرعية معيَّنة، فليس للشّخص أن يشترط أيَّ شرطٍ يريده،بل لا بدّ أن يكون موافقاً لحكم العقد أو التّصرف غير منافٍ.

ومنها: **الشّروط اللّغوية**، وهي أسبابٌ؛ لأنّه يلزم من وجودها الوجودُ، ومن عدمها العدمُ، وهي إمّا:

شروطٌ لغويةٌ تعليقيّةٌ، وتُسَمَّى: التّعاليق؛ عرّفها في منتهى الإرادات بقوله: «ترتيبُ شيءٍ غير حاصلٍ على شيءٍ حاصلٍ، أو غير حاصلٍ بـ (إنْ) أو إحدى أخواتها»[(١)].

مثال قول السَّيِّد لرقيقه: إنْ دخلتَ الدَّارَ فأنتَ حرٌّ؛ فإنّه يلزم من الدّخول العتق، ومن عدم الدّخول عدم العتق؛ لأنّ الْمُعَلّق بالشّرط معدومٌ عند عدمه.

وإمّا شروطٌ لغويّةٌ تقيدية، وتُسَمَّى التّقاييد؛ مثال قول القائل: وقفت على أولادي مَنْ كان مِنْهم طالباً للعلم مشتغلاً به؛ فإنّه يستحقّ منهم مَنِ اشتغل به دون مَنْ لم يشتغل به، فلو ترك الْمُشتغل الاشتغال زال استحقاقه، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه[(٢)].

---

(١) منتهى الإرادات للفتوحي ١٥٨/٢، وانظر: شرحه ٤٣٧/٥.
(٢) انظر: المغني ١٩٣/٨.

الشّروط العرفية، وهي التي تعارف النّاس عليهافي عقودهم حسب عادهم وتقاليدهم.

الشّروط العقلية؛ كالحياة مع العلم.

الشّروط العادية؛ كالغذاء مع الحياة في الحيوان، والسّلّم مع الصّعود.

الشّروط الشّرعية، وهي التي اشترطها الشّارع، والمقصودة عند علماء الأصول، وهي أيضاً أنواع:

إمّا للوجوب، وتُعْرَف بشروط الوجوب؛ كالعقل والبلوغ لوجوب الصّلاة، وغيرها من الأمور التّكليفية.

وإمّا للصّحّة، وتُعْرَف بشروط الصّحّة؛ كالالنّية والطّهارة لصحّة الصّلاة.

وإمّا للانعقاد؛ كالأهلية لانعقاد التّصرّفات، وصلاحية المحلّ لورود العقد عليه.

وإمّا للزّوم؛ كاشتراط عدم الخيار وأهليّة التّصرّف للزوم عقد البيع.

وإمّا للنفاذ؛ كاشتراط الولاية وما في معناها لنفاذ التّصرّف.

من الفروق بين هذه الشّروط[1]:

١-أنّ الشّروط اللّغوية أسبابٌ بخلاف غيرها من الشّروط العقلية والعادية والشّرعية؛ وهذه الشّروط الثّلاثة هي المراد بالتّعريف الاصطلاحي السّابق؛ حيث يلزم من عدم أيّ شرطٍ من هذه الشّروط الشّرعية والعقلية والعادية، عدم الحكم المترتّب المشروط له؛ فإذا فقد شرطٌ من شروط الوجوب؛ لزم عدم وجوب الفعل على الْمُكَلَّف، ويلزم مِنْ

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

عدم شرطٍ مِنْ شروط الصّحّة عدم صحّة الفعل، ويلزم مِنْ عدم شَرْطٍ مِنْ شروط الانعقاد، بطلان التّصرّف؛ بحيث لا يترتّب عليه أي حكمٍ، ويلزم مِنْ عدم الحياة عدم العلم، ومِنْ عدم السُّلَّم عدم الصّعود.

ولا يلزم من وجودها وجودٌ ولا عدم لذاته؛ فإنّه قد يوجد المشروط عند وجودها؛ كوجوب الزّكاة عند دوران الحول الذي هو شرطٌ، وقد يعدم لمقارنة الدَّين لدوران الحول مع وجود النّصاب.

وأمّا الشّروط اللّغوية التي هي التّعاليق؛ مثال قول السَّيِّد لرقيقه: إِنْ دخلتَ الدَّارَ فأنتَ حرٌّ؛ فإنّه يلزم من الدّخول العتق، ومن عدم الدّخول عدم العتق.

٢-أنّ المشروط الشّرعي والعقلي والعادي يتوقّف دخوله في الوجود على وجود شرطه ووجود شرطه لا يقتضيه؛ لأنّ موضوع الشّرط في الكتاب والسّنة وأحكام الشّريعة على أنّه لا يثبت المشروط بدون شرطه، وأمّا المشروط اللّغوي فيتوقّف وجوده على وجود شرطه، ووجود شرطه يقتضيه.

٣-أنّ الشّرط اللّغوي يمكن التّعويض والإخلاف والبدل عنه؛ كما لو قال الزّوج لزوجته: إِنْ دخلتِ الدّار فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، ثم يقول لها: أنتِ طالقٌ ثلاثاً؛ فيقع الثّلاث بالإنشاء بدلاً عن الثّلاث المعلَّقة،وكقوله:إنْ أتيتَنِي بعبدِي الآبق فلك هذا الدِّينار،فله أن يعطيه إيّاه قبل أن يأتي بالعبد هبةً فتخلف الهبة استحقاقه إيّاه بالإتيان بالعبد، ويمكن إبطال شرطيته كما إذا أنجز الطّلاق؛ فإنّ التّنجيز إبطالٌ للتّعليق،وكما لو فسخ الجعالة.

أمّا الشّروط العقلية والعادية؛ فلا يقتضي وجودها وجوداً، ولا تقبل البدل والإخلاف، ولا تقبل إبطال الشّرطية، إلاّ الشّرعية خاصّة؛ فإنّ الشّرع قد يسقط شرطية الطّهارةوالسّترة بالنّسبةللصّلاة عند وجود العذر.

٤-أنّ الشّرط اللّغوي وجوابه لا يتعلّقان إلاّ بمعدومٍ مستقبلٍ؛ فإذا قال: إنْ دخلتِ الدّار فأنت طالقٌ؛ يحمل على دخولٍ مستقبلٍ، وطلاقٌ لم يقع قبل التّعليق إجماعاً؛ لأنَّ المرتّب على المستقبل مستقبلٌ، فلا تطلق في الحال.

فخلاصة هذه الفروق أنّها أربعة فروق:

١-اقتضاء الوجود.

٢-قبول التّعويض البدل والإخلاف.

٣-قبول الإبطال أو الإسقاط.

٤-متعلّق الشّرط اللّغويّ وجوابه معدومٌ مستقبلاً.

شرط الشّرط:

يشترط للشّرط إمكان اجتماعه مع المشروط؛ لأنّ حكمة السّبب في ذاته، وحكمة الشّرط في غيره؛ فإذا لم يمكن اجتماعه معه لا تحصل فيه حكمته[1].

وموضوع القاعدة هو الشّروط الجعلية بأقسامها، وقد يدخل فيها غيرها باعتبارات مختلفة.

تقسيم الشّروط الجعليّة:

تنقسم الشّروط الجعليّة من حيث اعتبارها وعدمها إلى[2]:

---

(١) انظر: الفروق ٧٥/١، و٢١٩/٣، وإعلام الموقّعين ص ٧٨٧-٧٨٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٨/٣، و٣٧٥/٤-٣٩٧، والهداية ٤٨/٣-٥١، والمعونة =

أوّلاً: شرطٌ لا ينافي الشّرع ولا يخالف مقتضى العقد، بل هو مُكَمِّلٌ للعقد، مثاله: لو اشترط المقرِض على المقترض رهناً أو كفيلاً، وهذا الشّرط جائزٌ معتبرٌ بلا خلاف.

ثانياً: شرط غير ملائم للمشروط، بل هو منافٍ لمقتضاه، مثاله، لو اشترط الزّوج في عقد النّكاح أَنْ لا يُنفق على الزّوجة. وهذا الشّرط لاغٍ بلا خلاف.

ثالثاً: شرطٌ لا ينافي الشّرع، وفيه مصلحةٌ وغرضٌ صحيحٌ لأحد المتعاقدين، أو لكليهما، أو لغيرهما، ولكن العقد لا يقتضيه فلا تعرف ملاءَمَتُهُ أو عدم ملاءَمَتِه للعقد، ولا يلزم إلاّ بشرط،مثاله:ما لو باع مَنْزِلاً أو داراً على أن يسكنه البائع مثلاً فترةً معلومةً، أو يسكنه فلان الأجنبي. ويُسَمَّى اشتراط البائع منفعة المبيع.وهذا الشّرط محلّ الخلاف عند الفقهاء في اعتباره أو عدم. وسيأتي الحديث عنه قريباً إن شاء الله -تعالى-.

ما يُعْرَفُ به الشّرط الجعلي:

يعرف الشّرط الجعلي بأحد أمرين[1]:

أحدهما: بصيغته وأدواته، بأن دخل في الكلام حرفٌ من حروف الشّرط التي هي: إِنْ -وهي أمّ أدوات الشّرط-، وإذا، ولو، وما تضمّن معنَى إِنْ مثل:

=

٨٢٥/٢، والمقدّمات ٦٢/٢، وعارضة الأحوذي ٢٤٦/٥-٢٥٤، والقوانين الفقهية ص ١٤٥، و١٧١-١٧٢، وحاشية الدّسوقي ١٠٨/٣، وتطبيقات قواعد الفقه ص ٢٥٩، وأشباه السّيوطي ص ٧٠٢، والمغني ٤٨٦/٩.

(١) انظر: الفروق ٦٢/١، والذّخيرة ٧١/١، و٩٩، والمهذّب ٥٠/٣، والمغني ٤٠٢/١٤-٤٠٧، وشرح منتهى الإرادات ٤٣٧/٥، و٤٤٠.

مَنْ،وما، ومهما، وحيثما، وأينما، وإذما، وقد أجملت في البيتين التّالين[١]:

وأجزِمْ بإنْ، ومَنْ، ومَا، وَمَهْمَا　　أَيٌّ، مَتَى، أَيَّانَ، أَيْنَ، إذْ مَا

وَحَيْثُمَا، أَنَّى، وَحَرْفٌ إذْ ما　　كَإِنْ وباقي الأدوات اسْمَا

فيكون الحكم حينئذ: أنّ الفعل الذي دخل عليه فعلُ الشّرط، والذي بعده جوابه، ويحصل المشروط -الجواب- عند حصول الشّرط، وإذا رُتِّبَ مشروطٌ على شرطين لا يحصل إلاّ عند حصولهما إنْ كانا على الجمع، وإن كانا على البدل حصل عند أحدهما وإلى المعلّق تعيينه؛ لأنّ الحاصل أنّ الشّرط هو المشترك بينهما.

الأمر الثّاني ممّا يُعْرَفُ به الشَّرْطُ الجُعْليُّ: دلالته؛ بالمعنَى، بأن يكون الأوّل من الكلام سبباً للثّاني. مثاله: قول القائل: المرأة التي يتزوّجها طالقٌ ثلاثاً؛ فإنّه مبتدأ متضمِّنٌ لمعنَى الشّرط، والأوّل يستلزم الثّاني البتة دون العكس؛ لوقوع الوصف.

فلو وقع الوصف في المعيَّن لما صلح دلالةً على الشّرط، مثاله: هذه المرأة التي يتزوّجها طالقٌ؛ لأنّ الوصف في المعيَّن لغوٌ، فبقي قوله: هذه المرأة طالقٌ فيلغو في الأجنبية.

آثار الشّروط الجعلية؛ تعليقيةً كانت أو تقييديةً[٢]:

---

(١) البيتان من أليفة ابن مالك. انظر: توضيح النّحو ٢/٢٦٢-٢٦٥، وانظر أيضاً: الفروق ١/٧٧، و٨١-٨٢، و٩٦، و١٠١.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص٣٦٧، والمهذّب٣/٥٠، والقواعد الصّغرى ص ٧٩، والمنثور١/٢٢٦-٢٣١، وأشباه السّيوطي ص ٥٩٧-٥٩٨، والمغني ٧/١٧٦-١٨١، و٥٦٥-٥٦٦، و١٤/٤٠٢-٤٠٧.

يظهر أثر الشّرط الجعليّ التّعليقي في العقود والتّصرّفات؛ كالبيوع والنّكاح، والطّلاق، والرّجعة والخلع، والإجارة والصّلح والقسمة والمزارعة والمساقاة والمضاربة والإبراء والوقف والحجر وغير ذلك من العبادات والمعاملات؛ فيحصل المشروط عند تحقّق الشّرط؛ لأنّ الشّروط الجعلية التّعليقية أسبابٌ كما تقدّم.

قال في الفتاوى الهندية: «وجملة ما لا يصحّ تعليقه بالشّرط ويبطل بالشّروط الفاسدة ثلاثة عشرة: البيع والقسمة والإجارة والرّجعة والصّلح عن مالٍ والإبراء عن الدَّين والحجر عن المأذون وعزل الوكيل في رواية شرح الطّحاوي وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشّروط والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف»[1].

وأمّا أثر الشّرط الجعلي التّقييديّ فيفتقر إلى النّظر في الشّرط إمّا أن يكون صحيحاً، وإمّا أن يكون فاسداً أو باطلاً.

فإنْ كان الشّرط صحيحاً؛ كما لو اشترط في الخادم المراد شراؤه كونه كاتباً؛ فالعقد جائزٌ؛ لأنّ المشروط صفةٌ للمعقود عليه، أو الثّمن، كما لو اشترط الدّفع بعملةٍ معيّنة، وهي صفةٌ محضةٌ لا يتصوّر انقلابها أصلاً، ولا يكون لها حصّة من الثّمن بحال.

وإن كان الشّرط باطلاً أو فاسداً؛ كما لو اشترى ناقةً بشرط أن تضع حملها بعد شهرين؛كان البيع فاسداً؛لأنّ هذا الشّرط يتعذّر الوفاء به.

أقسام الشّرط الجعلي التّقييديّ من حيث الصّحة والبطلان أو الفساد:

---

(١) الفتاوى الهندية ٣٩٦/٤، وانظر: بدائع الصّنائع ١٦٧/٥.

للفقهاء مذهبان في هذا التّقسيم، بناء على مذهبهم في التّفريق بين الباطل والفاسد:

المذهب الأوّل: مذهب الحنفية القائلين بالتّفريق بين الباطل والفاسد في باب المعاملات، يكون الشّرط الجعلي التّقييديّ عندهم ثلاثيَ التّقسيم: صحيحٌ وفاسدٌ وباطلٌ[1].

المذهب الثّاني: مذهب الجمهور –المالكية والشّافعية والحنابلة- القائلين بعدم التّفريق بين الباطل والفاسد[2]، يكون الشّرط الجعلي التّقييديّ عندهم ينقسم إلى قسمين: صحيحٍ وباطلٍ، أو صحيحٍ وفاسدٍ.

ضوابط الشّروط الصّحيحة والفاسدة:

وضع الفقهاء ضوابط للشّروط الصّحيحة والفاسدة، استنبطوا هذه الضّوابط من النّصوص الواردة في الشّروط في العقود، مع اختلافهم في اعتبار بعض هذه الشّروط الواردة بها النّصوص إمّا لاختلافهم في نوعية

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٢/٤، وأشباه ابن نجيم ص ٣٣٧-٣٣٨.

(٢) واستُثني الحجّ من العبادات؛فإنّه يبطل بالرّدّة،ويفسد بالجماع ولا يبطل،وحكم الحجّ الفاسد أنّه يجب المضيُ فيه،بخلاف الباطل بالرّدّة،ومن المعاملات: النّكاح، والخلع، الكتابة، والعارية، والوكالة، والشّركة، والقراض؛ حيث فرّقوا بين باطل هذه العقود وفاسدها، وقالوا: الباطلة لاغيةٌ، وهي لا توجب عقداً أصلاً، أو أوجبته من حيث كونها تعليقةً لا مِنْ حيث كونها موجِبةً للعوض، والفاسدة تشارك الصّحيحة في بعض أحكامها.

انظر: تنقيح الفصول ٨٦/١، وشرح تنقيح الفصول ص ١٣٨، وتمهيد الإسنوي ص ٥٩، والمنثور ١٤٣/٢، وأشباه السّيوطي ص ٤٧٩، وشرح مختصر الرّوضة ٤٤٥/١-٤٤٦، ومذكّرة أصول الفقه ص٥٥، ونثرالورود ص٦٥، وقواعد ابن رجب ص ٢١٥، ونيل الأرب ص ٢٠٨، و٢١٦.

العقد فيها، أو في شرطية الشّرط فيها، ويرجع مجملها إلى كلّ شرطٍ أو وصفٍ لا يمنع صحّة العقد، وفيما يلي تلك الضّوابط:

ضوابطُ الشّروط الصّحيحة منها(١):

الضّابط الأوّل: كونُ الشّرطِ ممّا ورد في الشّرع دليلٌ بجواز اشتراطه، مثل شرطٍ فيه منفعةٌ صحيحةٌ معلومةٌ للعاقدين، وهو المعبَّر عنه عند الحنفية بشرطٍ لا يقتضيه إطلاق العقد ولا ينافيه، ولا هو من مصلحته، ولكن يلائمه، ويحقّق مصلحةً للعاقد.

مثاله: اشتراط الأجل، والخيار، والرّهن، والضّمين، والشّهادة، أو

---

(١) انظر: عيون المسائل ص ٧٤-٧٩، وبدائع الصّنائع ١٩١/٢، ٦٠٨/٣، و٦٤٨، و٣٧٥/٤، و٥٨٢، والهداية ٤٨/٣-٥١، والتّمهيد ٣٢٧/١٣، و٣٥٧، والاستذكار ٣٦١/٦، والمقدّمات ٦٢/٢-٦٧-٦٨، وعارضة الأحوذي ٢٤٤/٥، و١٤/٦، وبداية المجتهد ٣٠٨/٣-٣١٦، وعقد الجواهر ٤٧٤/٢، و٧٧٠، والذّخيرة ٩٨/٨، والقوانين الفقهية ص ١٤٥، و١٧١-١٧٢، ومختصر خليل ص ١٧٩-١٨٧، والتّاج والإكليل، ومواهب الجليل ٢٤١/٦-٢٤٧، وحاشية الدّسوقي ٦٥/١-٦٧، و٩١-٩٣-١٠٨، والفواكه الدّواني ٩٧/٢، وتطبيقات قواعد الفقه ص ٢٥٧، ٢٥٩-٢٦٢، ومختصر المزني ص ١٧٧، والمهذّب ٣٩/٢، و٤١، و١٥٧-١٥٨، و٢٤٥، و٢٥٨-٢٥٩، و٧١٤، وشرح مسلم ٢٠٦/٩، و٣٨١/١٠، والمجموع ٢٦٩/٩-٢٧٢، و٢٧٩، و٢٨٠، و٢٨٢/١٢-٢٨٥، و١٣٤/١٣، و٢١/١٤، وإحكام الفصول ص ٧٢٠، و٧٧٣، والمنثور٩/٢، و١٣، وفتح الباري ٣٨٢/٥، وأشباه السّيوطي ص ٥٩٨، و٧٠٢، ومختصر الخرقي ٤٩٩/٦،والمغني٤٣/٦،و١٦٣-١٧١، و٣٢٣-٣٣٤، و٤٩٩-٥٠٩، و١٧٦/٧-١٨١، و٥٦٦-٥٦٨، و٢٥٠/٨، و٤٨٣/٩-٤٨٩، و٥٧١/١٤، و٥٧٦، والمقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف ٣٨٥/١٠، و٢٠٥/١١-٢٦٢، والقواعد النّورانية ص ٢٥٦-٣٠٢، وإعلام الموقّعين ص ٢٣٥-٢٣٨، وقواعد ابن رجب ق (٧٣)، وشرح منتهى الإرادات ١٦٨/٣-١٨١.

اشتراط صفة مقصودة في الْمَبيع؛ كالصّناعة والكتابة ونحوهما؛ فهذه شروطٌ صحيحةٌ جائزةٌ يلزم الوفاء بها؛ لأنّ في اشتراطها قصداً صحيحاً للمشترط، وتَختلفُ الرّغباتُ باختلافها، فلولا صِحّةُ اشتراطها لفاتت الحكمةَ التي لأجلها شُرِعَ العقد؛ لأنّ الشّرع وَرَدَ بذلك، ولأنّ الحاجة تدعو إليه فلم يُفْسِد العقدَ[1].

الضّابط الثّانِي: كونُ الشّرط ممّا يقتضيه العقد ويوافقه، أو يؤكّد مقتضاه، فلا يقدح في العقد؛ لأنّ وجوده كعدمه، لا يفيد حكماً، وذكره في العقد لا يؤثّر، كما أنّ إهماله لا يسقطه.

مثاله: اشتراط التّقابض والضّمان أو الكفيل، واشتراط ركوب السّيارة مسافةً معلومةً لاختبارها، واشتراط تسليم المبيع للمشتري، وخيار المجلس، واشتراط الرّدّ بالعيب؛ فإنّ هذه أمورٌ لازمةٌ من لوازم العقد، ولا تنافي العقد، بل هي بيانٌ لِمقتضياته فلم يُبْطِلْ العقدَ[2].

لم أقف على خلافٍ بين أهل العلم في صحّة العقد والشّرط من هذين القسمين، قال في الْمُغنِي: «وجملة ذلك؛ أنّ البيع بشرط الرّهن أو الضّمين صحيحٌ، والشّرط صحيحٌ أيضاً؛ لأنّه مِنْ مصلحة العقد، غير مُناف لمُقتضاه، ولا نعلم في صحّته خلافاً إذا كان معلوماً»[3].

الضّابطَ الثّالث: كونُ الشّرط صفةً مقصودةً قائمةً بمحلّ العقد وقت صدوره.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٠/٤، والمغني ٣٢٣/٦، و٤٨٣/٩-٤٨٤، والشّرح الكبير مع الإنصاف ٢١٤/١١، و٣٩٠/٢٠،وشرح منتهى الإرادات١٦٩/٣،و١٨١/٥.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٧٧٠/٢، والقوانين الفقهية ص ١٤٥، و١٧١-١٧٢.

(٣) المغني لِموفّق الدّين ابن قدامة ٥٠٠/٦، وانظر: ٦٢/٧، وكذا النّووي في المجموع ٢٦٩/٩.

مثاله: اشتراط كون البقرة حلوباً، وكون العبد المبيع خيّاطاً أو كاتباً ونحوه، فلا يبطل العقد أيضاً بلا خلاف، بل يصحّ ويثبت المشروط.

الضّابط الرّابع: كونُ الشّرط مِمّا جرى عليه التّعامل في عرف النّاس.

مثاله: اشتراط الوعاء يوضع فيه المبيع، واشتراط ما العادةُ السّلامةُ من مثله، واشتراط خرز الجراب خفاً على البائع، فإنّ هذا شرطٌ جائزٌ، يصحّ العقد معه.

الضّابط الخامس: كونُ الشّرط مِمّا يحقّق مصلحةً مرغوباً فيها شرعاً للعاقد. مثاله: اشتراط العتق على المشتري؛ لتشوّف الشّارع وتشوّقه إلى ذلك، وكذا لو اشترى كلباً أو فهداً بشرط أنّه مُعَلَّمٌ؛ فإنّ الشّرط صحيحٌ جائزٌ، وكذلك البيع؛ لأنّ هذا شرطٌ يمكن الوقوف عليه بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه، وهو ليس بشرطٍ محظورٍ؛ لأنّ تعليم الكلب والاصطياد به مباحٌ شرعاً، فأشبه اشتراط الكتابة في العبد، والطّبخ في الجارية[1].

الضّابط السّادس: كون الشّرط مِمّا لا يقتضيه العقد، ولا يلائم مقتضى العقد، ولا مِمّا جرى عليه التّعامل بين النّاس، إلاّ أنّه فيه مَنفعةٌ لأحد العاقدين من غير إضرارٍ بأحدٍ، وهو مِمّا يجوز تركه وفعله بدون الشّرط؛ فيصحّ مع الشّرط.

---

(١) وروي عن محمّد بن الحسن أنّ البيع فاسدٌ؛ لأنّه شرطٌ فيه غررٌ؛ إذ لا يمكن الوقوف عليه إلاّ بالاصطياد، والجبر عليه غير ممكنٍ. انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٦/٤-٣٧٧، والاستذكار ٣١٨/٦-٣٢٠، والتّمهيد ٢٨٤/١٣-٢٨٦، وشرح مسلم ٣٧٩/٩، والمجموع ٢٦٩/٩-٢٧٠، والمغني ٣٢٤/٦، والقواعد النّورانية ص ٢٩١، و٢٩٨-٢٩٩، والإنصاف ٢٤٠/١١.

مثاله: اشتراط البائع منفعة المبيع مدّةً معلومةً؛كاشتراط ظهر الدّابة المبيعة،أو ركوب السّيارة المبيعة مدّة معلومةً كيومٍ مثلاً، أو سكنَى الدّار شهراً مثلاً، أو اشتراط الحصاد على البائع؛ لأنّ المشروط إذا كان قدره معلوماً فلا يضرّ، إنّما الممتنع هو استثناء شيءٍ مجهولٍ للبائع والمشتري، أمّا لو علماه معاً فلا مانع، ويَتَنَزَّل فيه الشّرط مَنْزِلة الاستثناء[1].

أثر هذه الشّروط في العقد[2]:

تلك هي مجمل ضّوابط الشّروط الصّحيحة المأخوذة من كتب الفقهاء، وفائدتها أنّها شروطٌ صحيحةٌ جائزةٌ عند الفقهاء؛ فيثبت مقضتاها، ويلزم الوفاء بها، فالعقد أو التّصرّف الصّحيح إذاً كلّ عقدٍ أو

---

(١) وهذا الضّابط عند الحنفية والشّافعية والحنابلة والمالكية إذا كانت المدّة طويلةً أو مجهولةً؛ من الشّروط الفاسدة بلا خلاف، وهل يفسد به العقد؟ خلافٌ، الصّحيح عند الجمهور أنّ العقد يبقى صحيحاً، والمذهب عندَ الحنفية أنّه يُفْسدُ العقد، وهو ظاهر مذهب الشّافعية؛ لأنّها زيادةُ منفعة مشروطة في البيع تكون ربا؛ ولأنّه زيادةٌ عاريةٌ عن العوض، يعني: لا يقابلها عوضٌ في عقدِ البيع وهوَ تفسير الرّبا، والبيع الذي فيه ربا فاسدٌ، أو فيه شبهةُ الرّبا، وأنّها مفسدةٌ للبيع كحقيقة الرّبا، أو لأنّه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده، لذلك؛ فإنّ عقود المعاوضات عندهم تفسدها الشّروط الفاسدة.

أمّا لو كانت المنفعة معلومة المدّة فجائزةٌ؛ لأنّ المنفعة قد تقعُ مُستَثْنَاةً بالشّرع على الْمُشتَري فيما إذا اشترى نَخلةً مُؤبَّرةً، أو أرضاً مَزْرُوعةً، أو داراً مؤجَّرةً، أو أمةً مُزَوَّجَةً؛ فجاز أن يستثنيها؛ كما لو اشترط البائعُ الثَّمَرةَ قبل التّأبير.

انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٧/٤، و٣٧٩، والهداية ٤٩/٣، والمقدّمات ٦٧/٢-٦٩، وعقد الجواهر ٤٧٤/٢، والذّخيرة ٨٦/٨، ومختصر المزني ص ١٢٧، و١٤٤، والقواعد الصّغرى ص ٧٩، وشرح مسلم ٣٨٣/١٠، والمجموع ٢٧٤/٩، و٢٧٧، و٢٨٢، وفتح الباري ٣٧١/٥، و٣٧٦، ومختصر الخرقي والمغني ١٦٣/٦-١٦٦-١٦٨-١٧١، و٤٨٣/٩-٤٨٤، والشّرح الكبير ٢١٤/١١.

(٢) انظر: المراجع السّابقة في مطلع القاعدة، عند فقرة: ضوابط الشّروط الصّحيحة.

تصرّف وُجدَ معه شرطٌ من هذه الشّروط الصّحيحة مع اعتبار شروط صحّة العقود وتوفّر أسبابها، وإن تَمّ اشتراطُ شرط منها بين المتعاقدين ثم فات؛ فإنّ الخيار ثابتٌ لصاحب الشّرط بين فسخ العقد وبين إتْمامه؛ لفوات شرط مرغوب فيه؛ والمؤمنون عند شروطهم[1].

ضوابط الشّروط الفاسدة أو الباطلة[2]:

وهي على ثلاثة ضروبٍ[3]: أحدها: ما لا ينعقد معه العقد أصلاً،

(١) انظر: المقدّمات ٢/٦٧، والقوانين الفقهية ص ١٤٥، و١٧١-١٧٢، والمغني ٦/٥٠٠-٥٠١، و٧/٦٢، و٥٤٩، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٧٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٥٤٨، و٦٠٨، و٦٤٨، و٤/٣٧٥-٣٩٧، و٥٨٢، و٥/١٦٧، و٢٦٢، و٢٦٤، و٢٧٠، والهداية ٣/٤٨-٥١-٥٣، والمعونة ٢/٨٢٥، والاستذكار ٦/٦١، و٣٢٧، و٤٢٧، والتّمهيد ١٣/٣٣٧-٣٣٨، و٣٤٧، و٣٥١، و٣٥٣، و٣٥٧-٣٥٨، والمنتقى ٧/٤٧، و٨٤-٩٤، والمقدّمات ٢/٦٢-٦٧-٦٨، وعارضة الأحوذي ٥/٢٤٤، و٦/١٤، وبداية المجتهد ٣/١١٢-١١٣، و٣٠٨-٣١٦، و٤/٢٦٧، وعقد الجواهر ٢/٤٧٤، و٧٧٠، وتفسير القرطبي ٥/٢٧-٢٨، والذّخيرة ٨/٩٨، والقونين الفقهية ص ١٧١-١٧٢، وحاشية الدّسوقي ٣/٥٨، و٦٥، و١٠٨، والفواكه الدّواني ٢/٩٧، وتطبيقات قواعد الفقه ص٢٥٧، و٢٥٩-٢٦٢،والمهذّب ٢/٤٠-٤٢، و١٥٧-١٥٨، و٢٤٥، و٢٥٨-٢٥٩، و٥٣٦، و٧١٤، والقواعد الصّغرى ص ٧٩، وشرح مسلم ٩/٢٠٦، والمجموع ٩/٢٧٣-٢٨٢، و١٢/٢٨٢-٢٨٥، و١٣/١٣٤، و١٤/٢١، والمنثور ٢/٩، و١٣، وفتح الباري ٥/٣٨٢، وأشباه السّيوطي ص ٥٩٨، والمغني ٦/٤٣، و١٦٣-١٧١، و٣٣٠، و٧/١٧٦-١٨١، و٩/٤٨٣-٤٨٩، و١٤/٥٧١، و٥٧٦، والمقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف ١١/٢٠٥-٢٦٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٧٤-١٨٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع٣/٦٠٨، والهداية٣/٤٨-٥١، والمقدّمات٢/٦٧، وبداية المجتهد ٣/٣٠٩-٣١٢، والمجموع ٩/٢٦٩-٢٧٠، و٢٧٣، وشرح مسلم ١٠/٣٨١، ومنتهى الإرادات ١/٢٥٤-٢٥٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٧٤-١٧٨.

وثانيها: ما يفسد العقد ويبطله، وثالثها: ما يبقى معه العقد والتّصرّف صحيحاً.

الضّرب الأوّل: شروطٌ لا يَنْعَقد معها العقدُ أصلاً، وهو تعليق العقدِ على شرط مستقبل.

مثاله: بِعْتُكَ أو اشتريتُ منك إنْ جئتَني، أو رضي زيدٌ بكذا؛ لأنّ عقود المعاوضات تقتضي نقلَ المِلْكَ حالَ العقد، والشّرط يَمنعه لِما فيه من التّردّد وتعليقه على شرط مستقبلٍ؛ فكأنّه لم يكن فلا يكون له حكم، كما لو قال: بعْتُكَ إذا جاء رأسُ الشّهر[1].

الضّرب الثّاني: شروطٌ فاسدةٌ باطلةٌ مُبْطِلةٌ للعقد، لا يصحّ معها العقد، من ضوابطها:

الضّابط الأوّل: كونُ الشّرطِ في وجوده جهالةٌ،أو غررٌ غير يسيرٍ يرجع إلى الثّمن أو المثمن فيما لا يصلح معه الجهل والغرر من العقود؛ كالبيع؛ لأنّ القاعدة أنّ كلّ ما أثّر الغرر في العقد كان مَمْنُوعاً، والجهالة في باب البيع مُفضية إلى المنازعة فكانت مُفسِدةً للبيع؛ فإذا صار أحد العوضين مجهولاً في عقدٍ لا يصحّ مثله على مجهول؛ بطل العقد، ولأنّ الفساد لِمَعْنًى في العوضِ المعقود عليه فأفسد العقد، كما لو جعل رأس المال خمراً أو خنْزيراً، ولأنّ الجهالة تَمنع من التّسليم؛فتفضي إلى التّنازع والاختلاف، أمّا العقد الذي يصحّ على مجهول؛ كالنّكاح والعتاق والطّلاق؛ فلا تُبْطِلُهُ الشّروط الفاسدة الرّاجعةُ إلى العوض، لأنّ الفساد في باب المعاوضات لمكان الرّبا،والرّبا لا يتحقّق في باب النّكاح والطّلاق والعتاق؛ فيبطل

---

(١) انظر: المقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف ٢٤٩/١١-٢٥١، وشرح منتهى الإرادات ١٧٨/٣.

الشّرط ويبقى النّكاح صحيحاً[1].

مثاله: إذا اشترى ناقةً بشرط أنّها حاملٌ؛ فشرطٌ باطلٌ؛ لأنّ المشروط محتمل الوجود والعدم، ولا يمكن الوقوف عليه للحال؛ لأنّ عظم البطن والتّحرّك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره؛ فكان في وجوده غررٌ.

ومثالٌ آخر: عسيب الفحل[2]،يستأجر للضّراب إلى حمل الأنثى؛وجه الغرر والجهالة؛ أنّها قد لا تحمل، فيغبن ربّ الفحل، وقد تحمل في زمنٍ قريبٍ فيغبن ربّ الأنْثَى[3]، أو باع شيئاً بثمنٍ إلى نتاج النّاتج، فهذا فيه غررٌ أو جهالةٌ في الأجل.

مثاله: لو باعه سلعةً بشرط أن يكون ثمنه ربحاً يأتيه من غير تحديد نوعه وقدره؛ فإنّ هذا شرطٌ باطلٌ؛ لأنّه مَجهولٌ، وفيه غررٌ، ويُبْطِلُ العقد؛ لأنّ

---

(١) وذهب الظّاهرية إلى أنّ كلّ نكاحٍ عُقِدَ على صداق فاسد أو على شرط فاسد؛ فهو نكاحٌ فاسدٌ مفسوخٌ أبداً، وإنْ وَلدت له الأولاد، ولاّ يتوارثان، ولاّ يجب فيه نفقةٌ ولا صداقٌ ولا عدّة.
انظر: بدائع الصّنائع ٥٥٨/٢، و٥٦٥، و٥٤٨/٣، و٦٠٨، و٣٧٥/٤، و٣٩٣، والهداية ٤٩/٣-٥٣، والتّمهيد ٣٥٧/١٣، والمنتقى ٣٨٨/٦، والمقدّمات ٦٤/٢، و٦٧، وعقد الجواهر ٧٧٠/٢، والمغني ٤٣/٦-٤٤، و١٦٤-١٦٧، و٣٣٣، و٥٠٠، و١٧٩/٧-١٨٠، و٤٨٩/٩، و٤٠٩/١٣، والمحلّى ٨٦/٩.
وانظر أيضاً: معالم السّنن ٧٧٠/٣، وأحكام ابن العربي ٥٢١/١.

(٢) ورد النّهي عن النّبيّ ﷺ عن عَسْبِ الفحل، من حديث ابن عمر رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ٥٣٩/٤، كتاب الإجارات، باب عسب الفحل، برقم: (٢٢٢٢).

(٣) أمّا إذا كانت الإجارة مدّةً معلومةً فلا بأس؛ كما يجوز الاستئجار لتلقيح النّخل. انظر: بدائع الصّنائع ٣٢٨/٤، وعقد الجواهر ٦٧٢/٢، وحاشية الدّسوقي ٥٨/٣، ومختصر المزني ص ١٢٧، والمهذّب ٣٩٥/٢، ومختصر الخرقي والمغني٦٠٢/٦، وشرح منتهى الإرادات٣/١٣٩، وانظر:معالم السّنن٣/٧١١، وفتح الباري٤/٥٣٩.

عقود المعاوضات يُشْتَرَطُ فيها كونُ العوضين معلومين؛ لأنّهما من أركان العقد؛ إذ الثّمن -وهو مِلْكُ المشتري- والمثمن -وهو مِلْكُ البائع- من الأسماء الإضافية المتقابلة، فلا يتصوّر مثمنٌ بلا ثمن، ولا ثمن بلا مثمن[1].

والأثْمان والأعواض والأبدال في العقود لا تَخلو إمّا أن تكون جزءاً من العقد؛ كالثّمن والمثمن في البيع، والمضاربة؛ فإنّ فساد الشّرط في أحدهما يوجب فساد العقد، وإمّا أن تكون مُنفردةً عن العقد وخارجةً عنه؛ كالصّداق في النّكاح، والبدل في الخلع والعتاق؛ فإنّ فساد الشّرط فيه لا يوجب فساد النّكاح، ولا الخلع ولا العتاق.

الضّابط الثّاني: كونُ الشّرط أمراً محظوراً شرعاً، أو مخالفًا شرعاً. وله صورٌ منها:

- كونُ الشّرط مشتملاً على زيادةٍ تؤدّي إلى الرّبا فيما يجري فيه الرّبا من العقود؛ كعقود المعاوضات، أمّا ما لا يجري فيها الرّبا من العقود فلا يبطل العقد.
- كونُ الشّرطِ أمراً محظوراً شرعاً لذاته.

مثاله: لو اشترى جاريةً بشرط أنّها مغَنِّيةٌ على سبيل الرّغبة فيها؛ فإنّ الشّرط فاسدٌ وشرطها يوجب فساد البيع؛ لأنّ التّغنّية صفةٌ محظورةٌ شرعاً لكونها لهواً؛ فهو شرطٌ باطلٌ ساقطٌ، وكذا لو اشترط في الكبش النّطاحَ، أو في الدِّيك كونه مناقِراً، لم يصحَّ؛ وأمّا فساد البيع فلأنه اشترطها رغبةً فيها معصيةٌ وحرامٌ، والحَرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك؛ لأنّ الملك نعمةٌ،

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٢٠/٤، وأشباه ابن نجيم ص ٣٦٨، والمقدّمات ٦٢/٢، و٦٤، و٦٦-٦٧، وأحكام ابن العربي ٥٢١/١، والقوانين الفقهية ص ١٤٥، و١٧١-١٧٢، وحاشية الدّسوقي٦٥/٣، وتطبيقات قواعد الفقه ص ٢٥٧-٢٦٢، والمغني ٤٣/٦-٤٤، و١٦٤-١٦٥، و١٦٧، و٣٣٣، و١٧٩/٧، و٤٨٩/٩، و٤٠٩/١٣، و٥٧٥/١٤-٥٧٦.

والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النّعمة، ولهذا بطل بيع وشراء الخمر والخنْزير والميتة والدّم. ولأنّه شرطٌ فاسدٌ داخلٌ في حقيقة العقد وهو المحلّية -المبيع-، فيوجب فساد العقد؛ لفوات شرط من شرائط انعقاد العقد من الأهلية والمحلّيّة، ولا حكم لهذا البيع أصلاً؛ لأنّ الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع شرعاً إلاّ من حيث الصّورة؛ لأنّ التّصرّف الشّرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلّيّة شرعاً، كما لا وجود للتّصرّف الحقيقيّ إلاّ من الأهل في المحلّ حقيقة. ولأنّه مثل مَنِ اشترى الميتة والدّم والخمر والخنْزير ونحوها ممّا ليس بمالٍ في حقّ المسلم، ولا يصحّ امتلاكها[1].

وكذا كلّ شرط وقع في رفع حدّ من حدود الله، فهو باطلٌ[2].

الضّابط الثّالث: كونُ الشّرطِ فيه اشتراطُ عَقْدَين في عقد، بحيث يعلّق عقداً على عقد آخر، فهو شرطٌ باطلٌ يُبْطِل العقد[3].

مثاله: لو اشترط أحد المتعاقدين على الآخر سلفاً أي: سلماً، أو قرضاً، أو بيعاً، أو إجارةً، أو شركةً، أو صرف الثّمن، مثل قوله: أبيعُك هذا بشرطٍ أن يبيعه شيئاً آخر ويفترقان من غير تحديد ثَمنٍ ولا مُثمَّنٍ ولا مدّةٍ، أو يشتري منه، أو يُزَوِّجَهُ، أو يُسْلِفَهُ، أو يصرفَ له الثَّمنَ، أو نحوه؛

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٧/٤، و٣٨١، و٥٨٢، و٥٨٤، و٥٩١، والهداية ٤٩/٣-٥١، والمقدّمات ٦٢/٢-٦٨، وبداية المجتهد ٣١٠/٣-٣١١-٣١٣، والقوانين الفقهية ص ١٧١-١٧٢، وحاشية الدّسوقي ١٠٨/٣، والمغني ٤٣٦/٦، و٢١٦/١٣، و٥٧٦/١٤، والشّرح الكبير ٢١٣/١١، والقواعد النّورانية ص ٢٨٦، وشرح منتهى الإرادات ١٦٩/٣، والمحلّى ٦١/٨.

(٢) انظر: فتح الباري ٣٨٢/٥.

(٣) انظر: المقدّمات ٦٤/٢، و٦٧، و٦٩، وبداية المجتهد ٣٠٩-٣١٣، ومختصر الخرقي ٣٢١/٦، والمغنِي ١٦٥/٦، و٣٢١-٣٢٣-٣٢٤-٣٣٢-٣٣٤، والشّرح الكبير ٢٣٠/١١-٢٣٧.

لأنّه شَرَطَ أن يكون له بدلٌ في مُقابلة ما مَلَكَهُ الْمشتري، فهذا الشّرط باطلٌ ومُبْطِلٌ للعقد، سواء اشترطه البائع أم المشتري؛ لأنّه من قبيل بيعتَين في بيعة المنهي عنه[1]، والنّهي يقتضي الفساد. وقد حكى ابن رشد[2] اتّفاق الفقهاء على أنّه من البيوع الفاسدة.

أمّا لو جمع بين عقدين مُختلفي القيمة بعوضٍ واحدٍ؛ كالصّرف وبيع

(١) في حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: نَهَى رسول الله ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيعَة.
أخرجه التّرمذي في سننه ٥٣٣/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في النّهي عن بَيعَتَين في بَيعَة، برقم: (١٢٣١)، وقال: «حديث أبي هريرة حديثٌ حَسَنٌ صحيحٌ، والعملُ على هذا عند أهلِ العلم».
وأخرجه الإمام مالك بلاغاً في موطّئه ٦٦٣/٢،كتاب البيوع، باب النّهي عن بَيعَتَين في بَيعَة، برقم:(٧٢).
وقال التّرمذي في سننه ٥٣٣/٣-٥٣٤، مُفَسِّراً للحديث: «وقد فسَّر بعضُ أهل العلم، قالوا: بَيعَتَين في بَيعَة أن يقول: أَبيعُكَ هذا الثّوبَ بنقد بعشرة، وبنسيئة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البَيعَين؛ فإذا فارقه على أحدهما فلا بأسَ إذا كانتْ العُقْدَةُ على أحد منهما.
-قال- قال الشّافعي: ومنْ معنَى نَهْي النَّبيِّ ﷺ عن بَيْعَتَين في بَيعَة، أَنْ يقول: أَبيعُكَ دَاري هذه بكذا، على أَن تَبيعَني غُلامَكَ بكذا، فإذا وجب لي غُلامُكَ وجبَ لك داري، وهذا يفارق عن بيعٍ بغير ثَمَنٍ معلومٍ، ولا يدري كلّ واحدٍ منهما على ما وقعت عليه صَفْقَتُه».
قال ابن العربي في عارضة الأحوذي ٢٣٩/٥ بعد ذكر كلام الإمام الشّافعي رحمه الله: «وهذا اتّفاقٌ على ثَمَنٍ مَجهول، لا يدري كلّ واحدٍ منهما على ما وقعت صفقته». وانظر: معالم السّنن ٧٣٩/٣.

(٢) كما حكاه ابن قدامة. بداية المجتهد ٣١٢/٣، والمغني ٣٣٤/٦. وانظر: والمعونة ١٠٣١/٢، والمقدّمات ٦٧/٢، و٦٩، وبداية المجتهد ٣٠٩/٣-٣١٣، والمجموع ٢٧٣/٩، و٢٧٧، والمغني ٣٢٣/٦-٣٢٤، و٣٣٢، و٣٣٣، والشّرح الكبير ٢٢٠/١١، و٢٣٠-٢٣١، وشرح منتهى الإرادات ١٧٥/٣.

ما يجوز التّفرّق فيه قبل القبض، والبيع والنّكاح أو الإجارة، نحو أن يقول: بعْتُك هذا الدِّينار وهذا الثّوبَ بعشرين درهَماً، أو بعتُكَ هذه الدّارَ وأجرتُكَ الأخرى بألف، أو باعه سَيفاً مُحَلًى بالذّهب بفضّة، أو زَوَّجتُكَ ابْنَتي وبعْتُكَ عَبْدَها بألفٍ، صحّ العقد فيهما؛ لأنّهما عَيْنَان يَجوز أَخْذُ العِوَضِ عن كلّ واحدة منهما مُنْفَرِدَةً، فجاز أَخْذُ العِوَض عنهما مُجتَمعَين؛ كالعبدين، وكذا يصحّ اجتماع البيع والسّلف من غير شرطٍ[1].

الضّابط الرّابع: كونُ الشّرطِ فيه اشتراطُ شرطين فاسدين في عقد واحد، ليسا من مقتضى العقد، ولا مصلحته، ولا فيه منفعةٌ معتبرةٌ للعاقدين أو أحدهما؛ بحيث يعلّق عليه العقد، ويقتضي التّحجير على المشتري في السّلعة التي اشترى، أمّا لو كانا من مقتضاه، أو مصلحته؛ فإنّه يصحّ على الصّحيح[2].

مثاله: قوله: إذا بعتُك هذا فأنا أحقّ به بالثّمن، وأن تخدمني سنة[3].

الضّابط الرّابع:كونُ الشّرطِ لم يرد به نصٌّ صريحٌ على لسان الشّرع.قال به الظّاهرية[4].

---

(١) انظر:الهداية٣/٥٠، والفروق ٣/١٤٢،والفواكه الدّواني٢/٩٧، والمغني ٦/٣٣٥، والشّرح الكبير ١١/٢٣٠، و١٢/٤٦٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٧٢.

(٢) انظر: المقدّمات ٢/٦٣، و٦٤-٦٥-٦٧، وبداية المجتهد ٣/٣٠٨-٣١٦، والقوانين الفقهية ص ١٧١-١٧٢، والمجموع ٩/٢٧٣، و٢٧٧، ومختصر الخرقي ٦/٣٢١، والمغني٦/١٦٥،و٣٢١-٣٣٤،و٧/٦٢،والشّرح الكبير١١/٢٠٨،و٢٢٦-٢٢٩.

(٣) انظر: المقدّمات ٢/٦٧، و٦٩، وبداية المجتهد ٣/٣١٢، والمغني ٦/٣٢٢.

(٤) انظر: المحلّى ٦/٤٦٦، ٤٦٨، و٧/٢٤٤، ٢٦٧، ٣٢٢، ٣٢٤، ٣٢٧، ٥٤٣، و٨/٦١-٦٢.

الضّرب الثّالث: شروطٌ باطلةٌ فاسدةٌ ويبقى معها العقد والتّصرّف صحيحاً، من ضوابطها:

الضّابط الأوّل: كونُ الشّرطِ ممّا ينافي مقتضى العقد المطلق ويخالف المقصود منه، ولم يرد فيه دليلٌ مُعيَّنٌ، ولكن لا يدخل في حقيقة العقد، يعني: ليس من حقيقة العقد، ولا يدخل في ماهيته، وفيه غرضٌ صحيحٌ ومنفعةٌ معتبرةٌ لأحد العاقدين من غير إضرار بأحدٍ؛ فإنّ الشّرط يبطل ويبقى العقد صحيحاً. به قال الحنفية والمالكيةُ، والحنابلة، والشّافعية في قول.

مثاله: لو باع داراً بشرط ألاّ يبيعها، أو تزوّج امرأة على ألاّ تحلّ له، أو لا مهر لها، أو لا ينفق عليها، أو إنْ أصدقها رجع عليها، فهذه الشّروط كلّها باطلةٌ في نفسها؛ لأنّها تنافي مقتضى العقد، ولأنّها تتضمن إسقاط حقوقٍ تَجبُ بالعقد قبل انعقاده، فلم يصحّ كما لو أسقط الشّفيع شفعته قبل البيع، وأمّا العقد في نفسه فصحيحٌ؛ لأنّ هذه الشّروط تعود إلى معنًى زائدٍ في العقد، لا يُشترط ذكرُهُ، ولا يضرّ الجهل به، فلم يبطله، كما لو شرطَ في العقد صداقاً مُحَرَّماً، ولأنّ النّكاح يصحّ مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشّرط الفاسد كالعتاق[1].

---

(١) والمذهب عند الشّافعية بطلان العقد مع هذه الشّروط وهو قولٌ للمالكية، لحديث نهيه ﷺ عن بيعٍ وشرطٍ. وسيأتي الكلام عن حكم الحديث في القاعدة (٣٨)؛ حيث ذُكرَ في المتن.

وأيضاً استدلّوا بأثر ابن مسعود عند الإمام مالك في الموطأ ٦١٦/٢، وفيه: أنّ عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ابتاع جاريَةً من امْرَأته زَيْنَبَ الثّقفيّة، واشْتَرَطَتْ عليه أنّك إنْ بِعْتَهَا فَهِيَ لي بالثّمَن الذي تبيعُهَا به، فَسَأل عبدُ الله بن مسعودٍ عن ذلك عُمَرَ بن =

الضّابط الثّاني: كونُ الشّرطِ مِمّا لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولا جرى به التّعارف بين النّاس.

مثاله: لو شرط أحد الْمُزَارِعين في الْمُزَارَعة على ألاَّ يبيع نصيبه، ولا يهبه؛ فالْمُزَارعة جائزةٌ، والشّرط باطلٌ، أمّا صحّة العقد؛ فلأنّ هذا شرطٌ لا منفعة فيه لأحدٍ فلا يوجِب الفسادَ، وهذا لأنّ فساد العقد في مثل هذه

=

الخطاب رضي الله عنه، فقال عمرُ بن الخطاب: «لا تَقْرَبْهَا، وفيها شَرْطٌ لأحَدٍ».
ويُجاب عن استدلالهم هذا بقول الإمام ابن عبد البر في الاستذكار ٣٠٢/٥: «أمّا ظاهرُ قول عُمَرَ لابن مسعود: (لا تَقْرَبْهَا)، فيَدُلُّ على أنّه أَمْضَى شِرَاءَهُ لَهَا، ونَهَاه عن مَسيسها، هذا هو الأظهرُ فيه»، فلا يصحّ الاستدلال به على بطلان العقد بالشّرط الباطل، إلاّ أنّه قد يُنَاقش هذا الجواب أيضاً بأنّ نَهْيَ عمر عن مسيسها يدلّ على فساد العقد؛ لأنّه يدلّ على عدم الاعتداد بالعقد ولا اعتباره؛ إذ لو كان صحيحاً لترتّب عليه أثر الصّحّة لا أثر الفساد، وفيه يقول: «ويَحْتَمِلُ ظاهرُهُ أيضاً في قوله: (لا تَقْرَبْهَا)، أي: تَنَحَّ عنها، وافسخِ البيعَ فيها، فهو بيعٌ فَاسدٌ»، ثم قال: «وليس في شيءٍ من هذين الخبرين -خَبَرُ ابن مسعود وخَبَرُ ابن عمر- أمرٌ بفسخ البيع، ولا خَبَرٌ عن فساده»، ثم نقل عن الإمام مالك أنّه قال: «قول عمر لابن مسعود: (لا تَقْرَبْهَا وفيها شَرْطٌ لأحَدٍ)، يقول: لا تَطَأْهَا وفيها شَرْطٌ لأحدٍ...، أو: لا تَشْتَريها، يريدُ لا تَشْتَرِطْها».
انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٦/٤-٣٨٧، والاستذكار ٣٠٢/٥-٣٠٦، والمنتقى ١١٨/٦، والمقدّمات ٦٧/٢، وبداية المجتهد ١٢/٣-١١٣، وعقد الجواهر ٤٧٤/٢، و٧٧٠، والذّخيرة ٩٨/٨، والقوانين الفقهية ص١٤٥، و١٧١-١٧٢، وحاشية الدّسوقي ٦٥/٣، والفواكه الدّواني ٩٧/٢، وتطبيقات قواعد الفقه ص٢٥٧-٢٦٢، والمهذّب ٤٠/٢، والمجموع ٢٧٣/٩-٢٧٤، والمغني ٣٣٣/٦، و٤٨٦/٩-٤٨٧-٤٨٩، و٥٧٦/١٤، والشّرح الكبير ٤٢٢/٢٠، ورشح منتهى الإرادات ١٩٠/٥، والمحلّى ٨٦/٩.
وانظر أيضاً: معالم السّنن ٧٧٠/٣-٧٧٤، وشرح مسلم ٢٠٦/٩.

الشّروط إنّما هو لتضمنّها الرّبا، وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوضٌ، ولَم يوجَد في هذا الشّرط؛ لأنّه لا منفعة لأحـد إلاّ أنّه شرطٌ فاسدٌ في نفسه لا يؤثّر في العقد؛ فالعقد جائزٌ والشّرط باطلٌ[1].

الضّابط الثّالث: كونُ المشروط عيناً؛ كما إذا اشترى ناقةً بشرط أنّها تحلب كذا وكذا رطلاً[2]، أو بشرط أنّها حلوبةٌ، أو أنّها لبون، فإنّ البيع بهذه الشّروط صحيحٌ؛ لأنّه أمرٌ مقصودٌ يتحقّق في الحيوان ويأخذ قسطاً من الثّمن، فصحّ اشتراطه؛ كالصّناعة في الأمة، وإنّما لم يجز بيعه مُنفرداً للجهالة، والجهالة فيما كان تبعاً لا تَمنع الصّفة، ولذلك لو اشتراها بغير شرطٍ صحَّ بيعه معها[3].

فالعقود أو التّصرّفات الفاسدة هي كلّ عقدٍ أو تصرّفٍ وجد فيه شيءٌ مِنْ ضوابط الشّروط الفاسدة، ومنها ما لا ينعقد معها العقد، ومنها

---

(١) هذا رواية الحسن عن الإمام أبي حنيفة في المجرّد. وفي الإملاء عن أبي يوسف أنّ البيع بهذا الشّرط فاسد، ووجه: أنّه شرطٌ لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولا جرى به التّعارف بين النّاس؛ فيكون مُفْسداً كسائر الشّرائط المفسدة.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٩/٤، والمجموع ٢٧٣/٩-٢٧٤، و٢١/١٤، والمغني ٥٦٥/٧-٥٦٦.

(٢) الرِّطل: معيَارٌ يُوزَنُ به أو يُكَالُ، رِطْلُ الفضّة = ٤٨٠درهماً=١٢ أوقية= ١٤٤,٠٥٠ ١٣٥غم، وفي أوزان الأشياء غير الفضّة يعادل: ٣٨٤,٢٤٠غم.
انظر: المصباح المنير ص ٨٨، والمعجم الوسيط ص ٣٥٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٠٠، و٤١٨.

(٣) وقال الحنفية: البيع فاسدٌ؛ لأنّ المشروط في هذه المواضع عينٌ فلا يصلح شرطاً.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٨١/٤، والشّرح الكبير ٢٠٨/١١-٢٠٩، وشرح منتهى الإرادات ١٦٩/٣.

ما تُبْطِل العقد، ومنها ما تُلْغَى ويبقى العقد صحيحاً، وهذا في جميع العقود والشّركات، إلاّ النّكاح والطّلاق والكتابة؛ فإنّ فساد الشّرط المشروط فيه لا يُبْطِله على الصّحيح، لعدم جريان الرّبا فيه كالبيوع.

قال الإمام ابن رشد: «وأمّا الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشّرع؛ فإنّها تفسد إمّا: بإسقاط شرطٍ من شروط صحّة النّكاح، أو لتغيير حكمٍ واجبٍ بالشّرع من أحكامه ممّا هو عن الله ﷻ.

وإمّا بزيادةٍ تعود إلى إبطال شرطٍ من شروط الصّحة.

وأمّا الزّيادات التي تعرض من هذا المعنَى؛ فإنّها لا تفسد النّكاح باتّفاق»[(١)]؛ لأنّ الفساد في باب المعاوضات لمكان الرّبا، والرّبا لا يتحقّق في باب النّكاح والطّلاق والكتابة، وإنّما اختلف العلماء في لزوم الشّروط التي بهذه الصّفة، أو لا لزومها، مثل: أن يشترط عليه ألاّ يتزوّج عليها، أو لا يتسرّى، أو لا ينقلها من بلدها[(٢)].

والمراد بقوله ﷺ : «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ الله عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»، أي: كلّ شرطٍ ليس مشروعاً في حكم الله وقضائه في كتابه، أو سنة رسوله ﷺ ، أو إجماع الأمّة لا تأصيلاً ولا تفصيلاً؛ لأنّ الله قرن طاعة رسوله بطاعته في آيات كثيرة من كتابه؛ مثل: ﴿ قُلْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ فَإِن تَوَلَّوْاْ فَإِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴾[(٣)].

---

(١) بداية المجتهد ٣/١١٢.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٣/٣٠٠-٣١٠-٣١٦.

(٣) سورة آل عمران، الآية: ٣٢.

وقال -عزّ منْ قائلٍ-: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَلَا تَوَلَّوۡاْ عَنۡهُ وَأَنتُمۡ تَسۡمَعُونَ ﴾[1].

وليس المراد: كلّ مَنْ شَرَطَ شَرْطاً لَم ينطق به الكتاب ولا السّنة نصّاً، ولا إجماع الأمّة؛ لأنّه قد يشترط في البيع الكفيل فلا يبطل الشّرط، ويشترط في الثّمن شروطاً من أوصافه أو نُجومه ونحو ذلك فلا يبطل، ومعنَى هذا: أنّ من الأحكام ما يؤخذ تفصيله من كتاب الله؛ كالوضوء، ومنها ما يؤخذ تأصيله دون تفصيله؛ كالصّلاة، ومنها ما أُصِّلَ أصله؛ كدلالة الكتاب على أصلية السّنة والإجماع وكذلك القياس على الصّحيح؛ فكلّ ما يقتبس من هذه الأصول تفصيلاً فهي شروطٌ صحيحةٌ مأخوذةٌ من كتاب الله تأصيلاً؛ لأنّ جامع الجامع جامعٌ، ودليلُ الدّليل دليلٌ[2].

وأمّا قوله ﷺ: «وإنْ كان مائة شرط»، فليس المقصود منه تعدد ومرّات الاشتراط، وإنّما المراد المشروط، أي: أنّ كلّ مشروط ليس في حكم الله وشرعه، وسنة رسوله، ولا في قضائهما، فإنّها شروطٌ باطلةٌ غير مشروعةٍ ولو كثرت، فدلّ بمفهومه على أنّ الشّروط الصّحيحة الموافقة لمقتضى الشّرع وأصوله -وإن كثرت حتّى تبلغ مائة مشروط أو أكثر- أَنّها جائزٌ اشْتِرَاطُهَا إذا كانت جائزةً لا يردّها كتاب ولا سنّةٌ، ولا ما كان في معناهما من أدلّة التّشريع[3].

---

(١) سورة الأنفال، الآية ٢٠.

(٢) انظر: معالم السّنن ٧٧١/٣، والتّمهيد ٣٥٣/١٣، والذّخيرة ٥٤/٨، وشرح مسلم ٣٨١/١٠، وإحكام الفصول ص ٧٢٣، وفتح الباري ٢٢٢/٥، و٢٢٣، و٢٢٤، و٤١٦، والمغني ٣٢٢/٦، و٤٨٥/٩، والقواعد النّورانية ص ٢٨٤، و٢٨٧، وشرح منتهى الإرادات ١٨١/٥.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

قال ابن عمر ﷺ: «كلّ شرطٍ خالفَ كتابَ الله فهو باطلٌ، وإن اشترط مائة شرط»[1].

فصحّ أنّ كلّ شرطٍ يقتضيه العقد لو لم يُذْكَر، أو كان من مصلحته، أو فيه منفعةٌ معتبرةٌ للعاقدين أوأحدهما من غير إضرارٍ بأحدٍ،أو شهدله عرفٌ صحيحٌ؛فهي شروطٌ صحيحةٌيلزم الوفاء بها.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لا خلاف في الجملة بين أهل العلم قاطبةً في معنَى هذه القاعدة، وأنّ على كلّ مسلمٍ الالتزام بالوفاء بما اتّفق عليه مع غيره من الشّروط الصّحيحة.

إلاّ أنّهم اختلفوا فيما يُعَدُّ من الشّروط الصّحيحة التي يجب الالتزامُ بها بين مُضَيِّقٍ لدائرة هذه الشّروط ومُوَسِّعٍ لها.

أمّا الْمُضَيِّقون لدائرتها فهم الظّاهرية القائلون بالشّروط السّبعة الثّابتة بالنّصّ الشّرعي فقط دون تعدّيها لغيرها.

في حين جمهور أهل العلم -على اختلافٍ بينهم في مدى التّوسّع فيها- يرون تعدية الشّروط إلى ما بعد المنصوص عليها شرعاً، وذلك بإلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به[2].

وسبب اختلافهم هو الأصل في الشّروط، أهو الحظر والمنع، أم الصّحّة والإباحة، أو هل الشّروط توقيفية أم توفيقية؟ ومِنْ ثم اختلافهم في مبدأ الأخذ بالقياس في الفروع الفقهية.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٤١٦/٥، تعليقاً، كتاب الشّروط، باب الْمُكَاتَب وما لا يَحِلّ من الشّروط التي تخالف كتاب الله.

(٢) انظر: التّمهيد ٣٣٧/١٣-٣٣٨، و٣٤٧، و٣٥١، و٣٥٣، و٣٥٧-٣٥٨.

المذهب الأوّل: مذهب كافّة فقهاء الأمصار ومنهم: المذاهب الفقهية الأربعة المعتمدة، -الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة- ذهبوا إلى أنّ الأصل في الشّروط الصّحّة والإباحة، وأنّه يصحّ إلحاق شروطٍ مسكوتٍ عنها بِمنطوقٍ بها، بوضع ضوابطَ[1] -استنبطوها من نصوص الشّروط- للصحيح من الشّروط والفاسدة أو الباطلة منها، مع اختلافهم في هذه الضوابط، وفي تطبيقها على مسائل عملية، وقد تقدّم بيان ذلك.

المذهب الثّاني: ذهب الظّاهرية إلى أنّ الأصل في الشّروط الحظر والمنع، وأنّ كلّ شرطٍ حكمه الإبطال، ولا يصحّ شرطٌ إلاّ ما جاء نصّاً في الكتاب أو السّنة، ولهم في ذلك مَدْركان:

أوّلهما: مبدء إبطال القياس جملةً وتفصيلاً.

وثانيهما: مذهبُهُمْ في مفهوم الحديث السّابق: «كلّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطلٌ»؛ حيث وَهِمُوا أنّ عدم الإيجاب نفيٌ صريحٌ للإيجاب؛ فيكون مَنِ اشترط ما لم يرد به نصٌّ شرعيٌّ مناقضاً للشّرع، -والصّحيح أنّ عدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب-، لذلك حصروا الشّروط في أربعة أصناف لا خامس لها عندهم هي: إمّا أن يُبيح الشّرطُ حراماً، أو يُحَرِّمُ حلالاً، أو يُوجِبُ ساقطاً، أو يُسْقِطُ واجباً، وذلك لا يجوز إلاّ بإذنٍ من الشّارع.

قال في المحلّى: «فصحّ أنّ كلّ شرط فَحكمه الإبطال، إلاّ شرطاً جاء بإباحته القرآن أو السّنة، وكلّ عقدٍ، وكلّ صلحٍ فهو بلا شكّ شرطٌ، فحكمهما الإبطال أبداً حتّى يصحّحهما قرآنٌ أو سنةٌ...»[2].

---

(١) انظر: إعلام الموقّعين ص ٢٦٠، والمراجع السّابقة عند ذكر ضوابط الشّروط.

(٢) المحلّى لابن حزم ٤٦٦/٦، وانظر: ٣٢٤/٧، و٣٢٧، و٥٤٣.

وقال أيضاً: ((وأمّا المسلمون عند شروطهم؛ فإنّ شروط المسلمين هي الشّروط التي جاء القرآن وجاءت السّنة بإيجابها وإباحتها، وأمّا كلّ شرط لم يأتِ النّصُّ بإباحته أو إيجابه فليس من شروط المسلمين، بل هو من شروط الكافرين أو الفاسقين؛ لقول رسول الله ﷺ : (كلّ شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ)، وليس الباطلُ من شروط المسلمين بلا شكٍّ))[1].

ومُلَخَّص كلام علماء الحديث في المراد به أنّه: كلّ ما يقتبس من هذه الأصول تفصيلاً فهي شروطٌ صحيحةٌ مأخوذة من كتاب الله وسنة رسوله تأصيلاً.

وقال: ((...وإنّما شروط المسلمين: الشّروط التي جاء القرآن والسّنة بإباحتها نصّاً فقط...))[2].

بناءً على هذا لا تصحّ عند الظّاهرية من الشّروط إلاّ شروطٌ سبعةٌ فقط، قال في المحلّى: ((والشّرط باطلٌ، أيّ شرط كان لا تحاش شيئاً، إلاّ سبعة شروط فقط؛ فإنّها لازمةٌ، والبيع صحيحٌ إن اشترطت في البيع، وهي:

١-اشتراط الرّهن فيما تبايعاه إلى أجلٍ مُسمًّى.
٢-واشتراط تأخير الثّمن إن كان دنانير أو دراهم إلى أجلٍ مُسَمًّى.
٣-واشتراط أداء الثّمن إلى الميسرة، وإنْ لَم يذكرا أجلاً.
٤-واشتراط صفات المبيع التِي يتراضيانها معاً،ويتبايعان ذلك الشّيء على أنّه بتلك الصّفة.
٥-واشتراط أنْ لا خلابة.

---

(١) المحلّى لابن حزم ٤٦٨/٦، و٢٤٤/٧، و٢٦٧، و٣٢٢، و٦١/٨-٦٢.
(٢) المحلّى لابن حزم ٢٦٧/٧، و٦١/٨-٦٢.

٦-وبيع العبد، أو الأمة فيشترط الْمُشتري مالَهما أو بعضه مُسَمًّى معيَّناً، أو جزءًا منسوباً مشاعاً في جَميعه، سواء كان مالُهما مجهولاً كلّه، أم معلوماً كلّه، أو معلوماً بعضه مجهولاً بعضه.

٧-أو بيع أصول نَخلٍ فيها ثَمرةٌ قد أُبِّرَت قبل الطّيب أو بعده، فيشترط الْمُشتري الثّمرة لنفسه أو جزءاً معيَّناً منها، أو مُسَمًّى مشاعاً في جميعها.

فهذه ولا مزيد،وسائرها باطلٌ كماقدّمنا؛ كَمَنْ باعٍ مملوكاًبشرط العتق، أو أمة بشرط الإيلاد، أو دابة واشترط ركوبها مدّةً مسمّاةً قلّت أو كثرت، أو إلى مكان مُسَمًّى قريب أو بعيد، أو داراً واشترط سكناها ساعةً فما فوقها، أو غير ذلك من الشّروط كلّها»[1].

وأثر الشّروط في العقود عندهم بطلان العقد والشّروط معاً؛ قال في المحلّى: «فلمّا كانت الشّروط كلّها باطلةً غير ما ذكرنا كان كلّ عقد مِنْ بيعٍ أو غيره؛ عُقِدَ على شرط باطلٍ باطلاً ولا بُدَّ؛ لأنّه عُقِدَ على أنّه لا يصحّ إلاّ بصحّة الشّرط، والشّرط لا صحّة له، فلا صحّة لِما عُقِدَ بأَنْ لا صحّة له إلاّ بِصحّة ما لا يصح»[2].

الأدلّة:

استدلّ الظّاهرية على إبطال جميع الشّروط إلاّ سبعة بما يلي:

أوّلاً: أنّ هذه السّبعة فقط هي الواردة الثّابتة من الشّارع؛ فلا يُتَعَدَّى بها إلى غيرها؛ حيث قال في المحلّى: «وأمّا تصحيحنا الشّروط السّبعة التي ذكرنا؛ فإنّها منصوصٌ على صحّتها، وكلّ ما نصّ رسول الله عليه فهو في كتاب الله عزّ وجلّ؛ قال -تعالى-: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ

(١) المحلّى لابن حزم ٣١٩/٧.
(٢) المحلّى لابن حزم ٣٢٠/٧، و٨٧/٩.

﴿لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾[(١)]. وقال -تعالى-: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۝ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾[(٢)]»[(٣)]، ثم بدأ بسرد أدلّتهم:

١-فأمّا اشتراط الرّهن في البيع إلى أجلٍ مُسَمًّى؛ فلقوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[(٤)].

٢-وأمّا اشتراط الثّمن إلى أجلٍ مُسَمًّى؛ فقوله -تعالى-: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[(٥)].

٣-وأمّا اشتراط أن لا خلابة؛ فلقوله ﷺ: «فَقُلْ: لا خِلاَبَةَ»[(٦)].

٤-وأمّا اشتراط الصّفات التي يتبايعان عليها من السّلامة، أو من ألاّ خديعة، ومنْ صناعة العبد، والأمة، أو سائر صفات المبيع فلقول الله -تعالى-: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(٧)]؛ فنصّ على التّراضي منهما، والتّراضي لا يكون إلاّ على صفات المبيع، وصفات الثّمن ضرورةً.

٥-وأمّا اشتراط الثّمن إلى الميسرة؛ فلقول الله -تعالى-: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[(٨)].

---

(١) سورة النّحل، الآية: ٤٤.
(٢) سورة النّجم، الآيتان: ٣-٤.
(٣) المحلّى لابن حزم ٧/٣٢٠.
(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.
(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.
(٦) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٥] الدّليل (٢) من أدلّة القاعدة.
(٧) سورة النّساء، الآية: ٢٩.
(٨) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

٦- وحديث عائشة -رضي الله عنها-، أنّ رسول الله ﷺ بعث إلى يهوديٍّ قدمت عليه ثياب: «ابعث إليّ بثوبين إلى الميسرة»[(١)].

٧- وأمّا مال العبد، أو الأمة واشتراطه، واشتراط ثَمر النّخل الْمُؤبَّر؛ فلقوله ﷺ: «مَنْ بَاعَ عبداً وله مالٌ؛ فماله للبائع إلاّ أن يشترطه الْمُبتاع»[(٢)].

٨- وقوله ﷺ: «مَنْ بَاعَ نَخلاً قد أُبِّرَتْ؛ فَثَمَرَتُهَا للبائِعِ إلاّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»[(٣)].

ثانياً: استدلّت الظاهرية بأثر: «كلّ بيعٍ فيه شرطٌ فليس بيعاً»[(٤)].

أدلة فقهاء الأمصار على أنّ الأصل في الشّروط الصّحّة والإباحة ما يلي:

استدلّ فقهاء الأمصار على ما ذهبوا إليه بجميع الأدلّة الواردة في الشّروط سواء من الكتاب أم السّنة -ومنها الأدلّة السّابقة عند الظّاهرية- أو الإجماع، ونظروا في مفاد كلّ واحدٍ منها وقاسوا عليه الأشباه والنّظائر.

---

(١) أخرجه التّرمذي في سننه ٥١٨/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرّخصة في الشّراء إلى أجلٍ، برقم: (١٢١٣)، والنّسائي في سننه ٢٩٤/٧، كتاب البيوع، باب البيع إلى الأجل المعلوم، والحاكم في المستدرك ٢٨/٢، برقم: (٢٢٠٨)، وقال التّرمذي: «حديثٌ حسنٌ غريبٌ صحيحٌ»، وصحّحه الألباني في مشكاة المصابيح برقم: (٤٣٦١)، وقال به ابن حزم في المحلّى ٣٢١/٧، وعليه اعتماده.

(٢) أخرجه نحوه البخاري في صحيحه٥/٦٠،كتاب الشّرب،باب الرّجل يكون له مَمَرٌّ..،برقم: (٢٣٠٨)، ومسلم في صحيحه ١١٧٣/٣، كتاب البيوع، باب مَنْ باع نَخلاً عليها ثَمر برقم: (١٥٤٣/٨٠).

(٣) متّفقٌ عليه، أخرجه البخاري في صحيحه ٤٦٩/٤، كتاب البيوع، باب قبض مَنْ باع نخلاً...، برقم: (٢١٤٥، و٢١٤٦)، ومسلم في صحيحه ١١٧٢/٣، الموضع السّابق، برقم: (١٥٤٣).

(٤) الأثر أورده ابن حزم في المحلّى ٣٢٢/٧.

فأخذوا جواز ما فيه مصلحة العقد والعاقد؛ كاشتراط الكتاب والإشهاد والضّمان من الآيتين: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[1]، يريد: يكون صكّاً؛ ليستذكر به عند أجله، لما يتوقّع من الغفلة في المدّة التي بين المعاملة وبين حلول الأجل، والنّسيان مُوَكَّلٌ بالإنسان، والعوارض مِنْ موتٍ وغيره تطرأ؛ فَشُرِعَ الكتابُ والإشهادُ من باب التّوثّق والمصلحة[2]. وقوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[3]، فجعل الله تعالى الرّهن قائماً مقام الشّاهد[4].

وأخذوا من حديثي بيع عبدٍ ذي مال، ونَخْلٍ مؤبَّرةٍ أنّ الشّرط الذي لا ينافي مقتضى العقد لا يفسده، فلا يدخل في النّهي عن بيعٍ وشرطٍ.

وأيضاً أخذوا منهما جواز شرطٍ واحدٍ في العقد[5].

ويستدلّ للجمهور بحديث قصّة جملٍ جابر ﷺ، حيث قال النّبيّ ﷺ: «بِعْنيه بِوُقيَّة»، فباعه منه، واستثنى حُمْلانَهُ إلى أهله[6].

وقوله ﷺ في قصّة بريرة -رضي الله عنها-: «اشْتَرِيهَا وَأَعْتقِيهَا،

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٢) انظر: أحكام ابن العربي ٣٢٨/١-٣٢٩، و٣٤١، وتفسير القرطبي ٣٦٣/٣،

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٤) انظر: أحكام ابن العربي ٣٤٥/١، وتفسير القرطبي ٣٨٨/٣-٣٩٠، وتفسير السّعدي ص ١١٨.

(٥) انظر: معالم السّنن ٧١٤/٣-٧١٥، وشرح مسلم ٤٣٢/١٠-٤٣٤، وفتح الباري ٤٧١/٤.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٧٠/٥، كتاب الشّروط، باب إذا اشترط البائعُ ظهرَ الدَّابة إلى مَكان مُسَمًّى جاز، برقم: (٢٦٣٢)، ومسلم في صحيحه ١٢٢١/٣، كتاب المُساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، برقم: (٧١٥).

واشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلاءُ»[١]، حيث أمرها أن تشترط لأولياء بريرة الولاء، فدلّ على جواز الاشتراط في العقد.

ومن أدلّتهم: النّصوص الواردة في الأمر بالوفاء بالشّروط والعقود والعهود؛ فإنّه يتناول المنصوص والمسكوت عنه من الشّروط تناولاً واحداً، ومن ذلك:

١- قوله -تعالى-: ﴿بَلَىٰ مَنْ أَوْفَىٰ بِعَهْدِهِۦ وَٱتَّقَىٰ فَإِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَّقِينَ﴾[٢].

٢- قوله -تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾[٣].

٣- وقوله -تعالى-: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ﴾[٤].

٤- وقوله -تعالى-: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ﴾[٥].

وجه الاستدلال من هذه الآيات؛ حيث دلّت عمومها على لزوم الوفاء بالعهود والعقود والشّروط والمواثيق الصّحيحة، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك وعدم الخيانة، ويشمل أيضاً ما تعاقد عليه هو وغيره؛ كالعهود والشّروط بين المتعاقدين، وكالوعد الذي بين العبد لغيره[٦].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٤٤٠، كتاب البيوع، باب إذا اشترط في البيع شروطاً لا تَحلّ، برقم: (٢١١٤)، ومسلم في صحيحه ٢/١١٤٢، كتاب العتق، باب الولاء لِمَنْ أعتق، برقم: (٨/١٥٠٤).

(٢) سورة آل عمران، الآية: ٧٦.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

(٤) سورة النّحل، الآية: ٩١.

(٥) سورة الأنفال، الآية: ٥٨.

(٦) انظر: تفسير القرطبي٦/٣٢-٣٣،و٨/٣٢-٣٣، و١٠/١٥١، وتفسير السّعدي ص ١٣٥ و٢١٨،و٣٢٤،و٤٤٨،والقواعد النّورانية ص٢٧٢، والإنصاف٢٠/٣٨٩.

أجابت الظّاهرية عن أدلّة الجمهور بما يأتي:

قال في المحلّى: ((أمّا أمر الله بالوفاء بالعقود، لا يختلف اثنان في أنه ليس على عمومه ولا على ظاهره، وقد جاء القرآن بأَنْ نَجتَنبَ نواهي الله تعالى ومعاصيه، فَمَنْ عَقَدَ على معصيةٍ فحرامٌ عليه الوفاء بها؛ فإذ لا شكّ في هذا فقد صحَّ أنّ كلّ شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطلٌ، والباطلُ مُحَرَّمٌ، فكلّ مُحَرَّمٍ فلا يَحلّ الوفاء به))[١].

وقال مجيباً عن استدلالهم بالآية الثّانية: ((فلا يعلم ما هو عهد الله إلاّ بنصٍّ واردٍ فيه، وقد علمنا أنّ كلّ عهدٍ نهى الله عنه فليس هو عهد الله تعالى، بل هو عهد الشّيطان فلا يحلّ الوفاء به، وقد نصّ رسول الله ﷺ على أنّ كلّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطلٌ، والباطل لا يحلّ الوفاء به))[٢].

وضعّف الأحاديث والآثار التي تمسّك بها الجمهور[٣].

يُجاب عن هذا بأنّ ضَعْفَ بَعْضِهَا من جهة السّند؛ فلا يقدح في سائرها، ولا يمنع من الاستشهاد بالضّعيف وإن لم يكن عمدة[٤].

وقال عن حديث بريرة -رضي الله عنها-: ((فالقول في هذا الخبر هو على ظاهره دون تزيّد، ولا ظَنٌّ كاذب مضافٍ إلى رسول الله ﷺ ، ولا تحريف اللّفظ، وهو أنّ اشتراط الولاءِ على المشتري في المبيع للعتق كان لا يضرّ البيع شيئاً، وكان البيع على هذا الشّرط جائزاً حسناً مباحاً، وإن كان الولاء مع ذلك للمعتق، وكان اشتراط البائع الولاء لنفسه مباحاً

(١) المحلّى لابن حزم ٧/٣٢٢.
(٢) المحلّى لابن حزم ٧/٣٢٢.
(٣) انظر: المحلّى ٦/٣٠، و٣٥٣، و٧/٢٤٤، و٣١٢، و٣٢٢، و٣٢٣،
(٤) انظر: إعلام الموقّعين ص ٢٦٤.

غير منهيٍّ عنه، ثم نَسَخَ الله ﷻ ذلك وأبطله؛ إذ خَطَبَ رسول الله ﷺ بذلك كما ذكرنا؛ فحينئذ حَرُمَ أن يشترط هذا الشّرط أو غيره جملةً إلاّ شرطاً في كتاب الله تعالى»[1].

يُجاب عنه بأن يقال: لا يوجد نصٌّ صريحٌ ثبت من الشّارع أنّ اشتراط الولاء جائزٌ ثابتٌ للبائع، وأنّه كان لا يضرّ؟ حتّى يُسُوغُ دعوى النّسخ؛ مع العلم أنّ تعريف النّسخ عند الأصوليّين هو: (رفع الحكم الثّابت بِخطاب مُتَقَدِّمٍ، بِخَطَاب آخر مُتَرَاخٍ عنه)[2]، بل الذي ذكره علماء الحديث في توجيههم لهذا الحديث أنّ أولياء بريرة كانوا على علمٍ بتحريم هذا الشّرط لا بجوازه[3]، وإذا كان ذلك كذلك، بطل دعواهم للنّسخ، وبقي الحديث ومفاده محكمين، ولله الحمد.

وأجاب[4] عن حديث جمل جابر؛بأنّ البيع لَمْ يتمَّ فيه قطُّ؛فإنّما اشترط جابر ركوب جمل نفسه فقط، وهذا هو مقتضى لفظ الأخبار إذا جُمِعَتْ أَلْفَاظُهَا، وإذا قد صحّ أنّ البيع لَمْ يَتمَّ؛ فقد بطل أن يكون هذا الخبر حجّةً في جواز بيع الدّابة واستثناء ركوبها أصلاً.

قال في فتح الباري مُجيباً عن كلامه بأنّه تكلّفٌ: «وأغرب ابن حزم؛ فزعم أنّه يُؤْخَذُ مِنَ الحديث؛ أنّ البيع لِمْ يَتِمَّ؛ لأنّ البائع بَعْدَ عَقْد البيع مُخَيَّرٌ قبل التّفرّق؛ ... ولا يَخفى ما في هذا التّأويل من التّكلّف»[5].

---

(١) المحلّى لابن حزم ٣٢٧/٧.
(٢) انظر: تنقيح الفصول ١٠٩/١، وتسهيل الوصول ص ٤٨.
(٣) انظر: شرح مسلم ٣٧٩/١٠-٣٨٠، والقواعد النّورانية ص ٢٦٠.
(٤) ابن حزم في المحلّى ٣٢٩/٧.
(٥) فتح الباري لابن حجر ٣٧٦/٥.

وقال في المحلّى عن حديث النّهي عن شرطين في بيع: «تحريم رسول الله ﷺ الشّرطين في بيع ليس مبيحاً لشرط واحد، ولا مُحرِّماً له، لكنه مسكوتٌ عنه في هذا الخبر، فَوَجَبَ طَلَبُ حكمه في غيره، فوجدنا قوله ﷺ: (كلّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطلٌ)، فبطل الشّرط الواحد، وكلّ ما لم يعقد إلاّ به»[1].

يُجاب عن هذا؛ أمّا احتجاجهم بقوله: «كلّ شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ»، وأنّه ليس الباطلُ من شروط المسلمين بلا شكّ.

يُجاب عنه: بأنّه صحيحٌ، لكن مراد حديث عند الفقهاء أنّه: كلّ ما يقتبس من هذه الأصول تفصيلاً فهي شروطٌ صحيحةٌ مأخوذةٌ من كتاب الله وسنة رسوله تأصيلاً.

ويزاد هنا: بأنّه ليس هناك تعارضٌ بين ما عارضتم به وبين قول الجمهور، معرفة هذا تأتي بعد الوقوف على المراد بكتاب الله في الحديث، ومعلوم أنّه ليس المراد به القرآن قطعاً؛ فإنّ أكثر الشّروط الصّحيحة ليس في القرآن، بل عُلمَت من السّنة، فعلم أنّ المراد بكتاب الله حُكْمُهُ؛ كما في قوله: ﴿ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ ﴾[2]؛ فكتاب الله سبحانه يطلق على كلامه، وعلى حكمه الذي حَكَمَ به على لسان رسوله، ومعلومٌ أنّ كلّ شرطٍ ليس في حكم الله فهو مُخالفٌ له فيكون باطلاً؛ فإذا كان الله ورسوله ﷺ قد حكم بأنّ الولاء للمعتق، فَشَرْطُ خلاف ذلك يكون شرطاً مُخالفاً لحكم الله، ولكن أين في هذا أنّ ما سكت عن تَحريمه من العقود

---

(١) المحلّى لابن حزم ٣٢٦/٧.

(٢) سورة النّساء، الآية: ٢٤.

والشّروط يكون باطلاً حراماً؟[١].

قال في إعلام الموقّعين: «ما ذكرتم[٢] من تضمّن الشّرط لأحد تلك الأمور الأربعة، ففاتكم قسمٌ خامسٌ وهو الحقّ؛ وهو ما أباح الله سبحانه للمكَلَّف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملّكه إيّاها، فيباشر مِنَ الأسباب ما يُحله له بعد أن كان حراماً عليه، أو يُحرمه عليه بعد أن كان حلالاً له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً، أو يسقطه بعد وجوبه، وليس في ذلك تغييرٌ لأحكامه، بل كلّ ذلك من أحكامه؛ فهو الذي أحلّ وحرَّم، وأوجب وأسقط، وإنّما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلاّ؛ فكما أنّ شراء الأمة، ونكاح المرأة يُحِلُّ له ما كان حراماً عليه قبله، وطلاقها وبيعها بالعكس يُحرِّمها عليه، ويسقط عنه ما كان واجباً عليه من حقوقها، كذلك التزامه بالعقد والعهد والنّذر والشّرط؛ فإذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشّرط الذي هو تابعٌ له، وقد قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٣]، فأباح التّجارة التي تَرَاضى بها الْمُتَبايِعان؛ فإذا تراضيا على شرطٍ لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك، ولا يجوز إلغاؤه وإلزامهما بما لم يلتزماه ولا ألزمهما الله ولا رسوله به...، بل الصّواب إلغاء كلّ شرطٍ خالف حكم الله، واعتبار كلّ شرطٍ لم يُحرِّمه الله ولم يمنع منه»[٤].

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١١٨/٥-١١٩، والقواعد النّورانية ص ٢٨٤، وإعلام الموقّعين ص ٢٦٤-٢٦٥، وتفسير السعدي ص ١٧٤.

(٢) أي: الظاهرية، انظر: مثلاً المحلّى ٢٦٥/٨، وانظر: القواعد النّورانية ص ٢٧٤.

(٣) سورة النّساء، الآية: ٢٩.

(٤) إعلام الموقّعين للإمام ابن القيم ص ٢٦٥.

وليس هناك نصٌّ صريحٌ يُتْلَى في الكتاب، أو يُقْرَأُ في السّنة وهو دالٌّ على اشتراط صفات معيَّنة في المبيع إنّما ذلك من مفاد التّراضي وتلازمه، وهو الاستنباط عينه ولا فرقٍ بين الاستنباط والقياس.

فإن قالوا: المرجع في ذلك العرف والعادة؛ يقال لهم: ذلك مسلكٌ من مسالك الجمهور فيما ذهبوا إليه عند استنباطهم حيث لا نصّ صريح، فتبيّن صدق فقهاء الأمصار وصراحتهم وسلامة مسالكهم، وأنّ الظّاهرية قد سدّوا على أنفسهم باب اعتبار المعاني والْحِكَم التي علّق بها الشّارعُ الْحُكْمَ، فَفَاتَهُم بذلك حظٌّ عظيمٌ من العلم[1].

وبعد هذا العرض؛ فإنّ الذي يترجّح وضوحاً هو ما ذهب إليه فقهاء الأمصار أنّ الأصل في الشّروط الصّحّة والإباحة، وأنّ المؤمنين عند شروطهم الصّحيحة وما في حكمها، وذلك لما يلي:

١- قوةّ أدلّتهم وصراحة تعليلاتهم، ووضوح مأخذهم، وسلامة مسلكهم.

٢- أنّ الحاجة ماسّةٌ قائمةٌ تدعو إلى القول بإلحاق المسكوت عنه من الشّروط بالمنطوق، وقياس الأشباه والنّظائر بعضها ببعض في هذا الباب، وذلك؛ لأنّ النّصوص الشّرعية محصورةٌ، ومسائل عمليةٌ غير محصورة، بل تَتَجدّدُ تَجَدُّدَ الأيام بل الدّقيقة، فلو أُخذَ بسبعة شروط فقط، لتعطّلت كثيرٌ من المسائل العصرية إن لم تكن كلّها، ولصحّ زَعْمُ مَنْ زَعَمَ أنّ الدِّين الإسلام لا يتناسب مع العصر، وهذا يتناقض مع قول الله تعالى: ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِي ٱلْكِتَٰبِ مِن شَيْءٍ﴾[2]، القاضي بأنّه ما

---

(١) انظر: الطرّق الحكمية ص ١٤٦، وقواعد السّعدي بهامش قواعد ابن رجب ص ٥٧٤.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ٣٨.

فرط في الكتاب من شيءٍ من العبادات والمعاملات إلاّ ذكره إمّا تفصيلاً وإمّا تأصيلاً[١].

٣-ولأنّ العقود والشّروط مِنْ باب الأفعال العادية، والأصل فيها الإباحة وعدم التّحريم؛ فيستصحب هذا الأصل حتّى يردَ دليلٌ ثابتٌ على التّحريم وينقله يقيناً من الأصل، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدةً؛ لأنّ الفساد إنّما ينشأ من التّحريم، وإذا ثبت أنّها ليست فاسدةً كانت صحيحةً، ولأنّ انتفاء دليلِ التّحريم دليلٌ على عدم التّحريم؛ فثبت بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدّليل الشّرعي عدم التّحريم؛ فيكون فعلها إمّا حلالاً وإمّا عفواً؛ كالأعيان التي تُسْتَفَادُ أصليةُ عدم تحريمها من قوله -تعالى-: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾[٢]، قال في تيسير الكريم الرّحمن: «ودلّت الآية الكريمة على أنّ الأصل في الأشياء والأطعمة؛ الإباحة، وأنّه إذا لم يرد الشّرع بتحريم شيء منها؛ فإنّه باقٍ على الإباحة، فما سكت الله عنه فهو حلالٌ؛ لأنّ الحرام قد فصّله الله، فما لم يُفَصِّله فليس بحرامٍ»[٣].

٤-ولأنّ الظّاهرية -بناء على مفاد الآية المذكور- وقعوا فيما قرّروا إبطاله وهو تحريم ما لم يحرِّمه الله، ووجه ذلك: أنّ القول بتحريم العقود والشّروط التي تجري بين النّاس في معاملاتهم العادية بغير دليلٍ شرعيٍّ هو تحريم ما لم يُحرِّمه الله عينه.

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٦/٣٨٥.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

(٣) تفسير السّعدي ص ٢٧١، وانظر: تفسير القرطبي ٧/٦٦، والقواعد النّورانية ص ٢٧٦-٢٨١.

٥-ولأنّه يُفرَّق بين تغيير الحكم المعيَّن الخاص الذي أثبته العبدُ بإدخاله في المطلق، وبين تغيير الحكم العام الذي أثبته الشّارع عند وجود سببه من العبد؛ لأنّ العبد أحدث أسباب تلك الأحكام، والشّارع أثبت الحكم لثبوت سببه منه و لم يثبته العبد ابتداءً[1].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لصحّة هذه القاعدة بأدلّة فقهاء الأمصار السّابقة عند فقرة موقف المذاهب الفقهية من القاعدة، ويضاف إليها ما يلي:

١-قوله -تعالى-: ﴿ قَالَ إِن سَأَلْتُكَ عَن شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَاحِبْنِي قَدْ بَلَغْتَ مِن لَّدُنِّي عُذْرًا ﴾[2].

وجه الاستدلال منه: أنّ هذا شرطٌ بعد أن كانت المرّة الأولى نسياناً فكان عذراً، والوسطى شرطاً، والمرّة الثّالثة عمداً فقامت بها الحجّة؛ لذلك قال بعدها: ﴿ قَالَ هَٰذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ ﴾[3]، أي: بحكم ما شرطتَّ على نفسك، والمُقرَّر أنّ شَرْعَ مَنْ قبلنا شَرْعٌ لنا ما لم يرد شرعنا على خلافه[4].

قال في أحكام القرآن: ((فهذا شرطٌ، وهو لازمٌ، والمسلمون عند شروطهم، وأحقّ الشّروط أن يُوَفَّى به ما التزمه الأنبياء، أو التُزِم للأنبياء؛ فهذا أصلٌ من القول بالشّروط وارتباط الأحكام بها))[5].

وقال في فتح الباري: ((وأشار بالشّرط إلى قوله: ﴿ قَالَ إِن سَأَلْتُكَ عَن

---

(١) انظر: القواعد النّورانية ص ٢٧٧-٢٩١، وإعلام الموقّعين ص ٢٦٠-٢٦١.

(٢) سورة الكهف، الآية: ٧٦.

(٣) سورة الكهف، الآية: ٧٨.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ١١/١٩-٣٣.

(٥) أحكام ابن العربي ٣/٢٤١، وانظر: تفسير القرطبي ١١/٢٢.

شَيۡءِۭ بَعۡدَهَا فَلَا تُصَٰحِبۡنِي﴾، والتزام موسى بذلك، ولم يكتبا ذلك، ولم يشهدا أحداً، وفيه دلالةٌ على العمل بمقتضَى ما دلّ عليه الشّرط»[1].

٢-قوله ﷺ: «المُسْلِمُون عَلَى شُرُوطِهِم، إلاّ شَرْطاً حَرَّمَ حَلالاً أو أَحَلَّ حَرَاماً».

ما رواه مالك في موطّئه عن القاسم بن محمّد قال: «مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ إلاّ وَهُمْ على شُرُوطِهِم في أَمْوالِهِم، وفيمَا أُعْطُوا»[2]، قال في التّمهيد: «والقاسم قد أدركَ جماعةً من الصّحابة وكبار التّابعين»[3].

قال الإمام مالكٌ في الرّجل يبيع عبدَهُ على أن يَخْرُجَ به من البلد الذي هو به، فقال: «لا بأس بذلك؛ فقد يكون العبدُ فاسداً خَبيثاً؛ فيَشْتَرِطُ بَائعُهُ أن يَخرُجَ به إلى بلدٍ آخر لذلك»[4]، هذا تعليلٌ جميلٌ منه بالغرض الصّحيح.

فإذا تقرّر هذا؛ فإنّ كلّ شرطٍ فيه فائدةٌ ومنفعةٌ معلومةٌ صحيحةٌ معتبرةٌ لأحد المتعاقدين يجوز فعلها بدون شرطٍ ومأذونٌ فيه؛ فإنّ العقد يصحّ معه ويلزم الوفاء به، ويسقط الشّرط المتضمّن للفساد لمخالفته للشّرع، سواء كان التّعامل بين المسلمين، أم بينهم وبين غير المسلمين، إلاّ شروط الكفر قبل الإسلام، لا تلزم بعد الإسلام[5].

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٣٨٤/٥.

(٢) أخرجه مالك في الموطّأ ٧٥٦/٢، كتاب الأقضية، باب القضاء في العمر، برقم: (٤٤)، وانظر: التّمهيد ١٩٦/١٣، والاستذكار ٤٨٣/٥، و٢٤٥/٦، والمنتقى ٤٩/٨، والذّخيرة ٢١٧/٦، والمغني ٢٨٣/٨.

(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البر ١٩٦/١٣.

(٤) انظر: الاستذكار ٣٠٤/٥، والمنتقى ٢٠/٦، والشّرح الكبير ٢٠٨/١١، والقواعد النّورانية ص ٢٩١، و٢٩٨.

(٥) انظر: الذّخيرة ٤٠٥/٤، و٤١٢، و٨٦/٨، و٩٨، والقوانين الفقهية ص ١٤٥، =

فقد وسّع صاحب إعلام الموقّعين آفاق الشّروط؛ حيث قال: «والمقصود أنّ للشّروط عند الشّارع شأناً ليس عند كثيرٍ من الفقهاء؛ فإنّهم يُلْغُون شروطاً لَمْ يُلْغِها الشّارعُ، ويُفْسِدون بها العقدَ من غير مفسدةٍ تقتضي فساده، وهم متناقضون فيما يقبل التّعليق بالشّروط من العقود وما لا يقبله؛ فليس لهم ضابطٌ مُطَّرِدٌ مُنْعَكسٌ يقوم عليه دليلٌ؛ فالصّواب: الضّابط الشّرعي الذي دلّ عليه النّصّ أنّ كلّ شرطٍ خالف حكم الله وكتابه فهو باطلٌ؛ وما لَم يخالفه حكمه فهو لازمٌ.

يوضّحه أنّ الالتزام بالشّرط كالالتزام بالنّذر، والنّذر لا يبطل منه إلاّ ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشّروط في حقوق العباد أوسعُ من النّذر في حقّ الله، والالتزام به أوفَى من الالتزام بالنّذر.

-قال- وإنّما بسطت القول في هذا؛ لأنّ باب الشّروط يدفع حيل أكثر الْمُتَحَيِّلين، ويَجعل للرّجلِ مخرجاً ممّا يخاف منه، وممّا يضيق عليه؛ فالشّرط الجائز بِمَنْزلة العقد، بل هو عقدٌ وعهدٌ...

وههنا قضيتان كلّيتانِ من قضايا الشّرع الذي بعث الله به رسوله:

إحداهما: أنّ كلّ شرطٍ خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطلٌ كائناً ما كان.

والثّانية: أنّ كلّ شرطٍ لا يُخالف حكمه ولا يناقض كتابه -وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشّرط- فهو لازمٌ بالشّرط، ولا يُستَثنَى من

=

و١٧١-١٧٢، ومختصر المزني ص ١٢٧، و١٤٤، والمجموع ٢٧٤/٩، و٢٧٧، و٢٨٢، و٤٨٣/٩-٤٨٤، والشّرح الكبير ٢١٤/١١، وشرح منتهى الإرادات ١٧٢/٣-١٧٣.

هاتين القضيّتين شيءٌ، وقد دلّ عليهما كتاب الله وسنة رسوله واتّفاق الصّحابة، ولا تعبأ بالنّقض بالمسائل المذهبية، والأقوال الآرائية؛ فإنّها لا تهدم قاعدةً من قواعد الشّرع؛ فالشّروط في حقّ الْمُكَلَّفين كالنّذر في حقوق ربّ العالمين؛ فكلّ طاعة جاز فعلها قبل النّذر لزمت بالنّذر، وكذلك كلّ شرطٍ قد جاز بَذْلُهُ بدون الاشتراط لزم بالشّرط؛ فمقاطع الحقوق عند الشّروط، وإذا كان من علامات النّفاق إخلاف الوعد وليس بمشروطٍ فكيف الوعد المؤكّد بالشّرط؟ بل ترك الوفاء بالشّرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر، وبالله التّوفيق»[(١)].

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا اشترطت المرأة على زوجها أنّه لا يخرجها من بلدها، ولا ينكح عليها، ولا يتسرّى؛ فإنّ لها شروطها ويلزم الزّوج الوفاء بها؛ لأنّ المؤمنين عند شروطهم، ولقوله ﷺ: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوَفَّى بِهِ، ما اسْتَحْلَلْتُم بِهِ الفُرُوجَ»[(٢)]، أيِ: أحقّ الشّروط بالوفاء شروط النّكاح؛ لأنّ أمره أحوط وبابه أضيق، ولأنّه شرطٌ لها فيه منفعةٌ معتبرةٌ شرعاً، ومقصودٌ لا يمنع المقصود من النّكاح فكان لازماً؛ كما لو شرطت عليه زيادةً في المهر أو غير نقد البلد، ولأنّه قول عددٍ من الصّحابة بلا نكير فكان إجماعاً[(٣)].

---

(١) إعلام الموقّعين لابن القيم ص ٨٦٢-٨٦٣.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٥/٣٨٠، كتاب الشّروط، باب في الشّروط في المهر عند عقدة النّكاح، برقم: (٢٦٣٥)، ومسلم في صحيحه ٢/١٠٣٦، كتاب النّكاح، باب الوفاء بالشّروط في النّكاح، برقم: (١٤١٨)، واللّفظ له.

(٣) هذا هو مذهب الحنابلة، وقال به المالكية إنْ حلف بطلاقٍ ما لم ينكح، وهو قول =

=

جماعة من السّلف منهم: عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وعمر بن عبد العزيز والثّوريّ، وأصحّ قولي طاووس.
وذهب الحنفية والمالكية والشّافعية والظّاهرية والحنابلة في رواية إلى أنّ هذه الشّروط باطلةٌ ليست بشيء، فلا يلزم الزّوج الوفاء بها؛ فالنّكاح صحيحٌ والشّرط باطلٌ. وهو قول عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه، وسعيد بن المسيّب، ومجاهد، وسعيد بن جبير، والشّعبي، ومحمّد بن سيرين، وروي عن طاووس، إلاّ أنّ الظّاهرية أبطلوا النّكاح مع الشّرط الفاسد، وقالوا بفسخه أبد الأبد، ولا يصحّ نكاحٌ على شرطٍ أصلاً عندهم.
دليلهم: قوله ﷺ : «كلّ شرط ليس في كتاب الله عزّ وجلّ فهو باطلٌ»، جزءٌ من حديث عائشة رضي الله عنها في قصّة بريرة المتقدّم تخريجه.
قالوا: ومعنَى قوله هنا: «في كتاب الله»، أي: في حكم الله وحكم رسوله، أو فيما دلّ عليه الكتاب والسّنة، فما لم يكن كذلك من الشّروط فهو باطلٌ، ومنه هذا الشّرط.
وحملوا حديثهم: «أَحَقُّ الشّروط أَنْ يُوَفَّى به...» على شروطٍ صحيحةٍ لا تنافي مقتضى النّكاح، بل هي من مقتضياته ومقاصده.
واستدلّوا بحديث: «المسلمون على شروطهم، إلاّ شرطاً أَحَلَّ حراماً، أو حرَّمَ حلالاً»، قالوا: وهذا يُحَرِّمُ الحلالَ، وهو التّزويج والتَّسَرِّي والسَّفرُ.
ولأنّ هذا شرطٌ ليس من مصلحة العقد، ولا مقتضاه، ولم يُبْنَ على التّغليب والسّراية فكان فاسداً، كما لو شرطت أن لا تُسَلِّمَ نفسها.
قال الإمام ابن رشد بعد أَنْ بيّن أنّ سبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص من الحديثين: «...والحديثان صحيحان خرّجهما البخاري ومسلم، إلاّ أنّ المشهور عند الأصوليّين القضاء بالخصوص على العموم، وهو لزوم الشّروط، وهو ظاهر ما وقع في العتبية، وإن كان المشهور -عند المالكية- خلاف ذلك». بداية المجتهد ١١٣/٣.
بهذا فإنّ الذي يترجّح في نظري القول بلزوم الشّروط في النّكاح.
انظر: مختصر القدوري ص ١٤٨، والهداية ٢٠٨/١، وبدائع الصّنائع ٥٦٥/٢، والاستذكار ٤٤٤/٤-٤٤٧، والتّمهيد ١٩٨/١٣، وعارضة الأحوذي ٥٩/٥، وبداية المجتهد ١١٢/٣، وتفسير القرطبي ٢٧/٥-٢٨، وعقد الجواهر ٤٧٤/٢، والقوانين الفقهية ص ١٤٥، و١٧١-١٧٢، والمهذّب ٧١٤/٢، و٧٤٢، وشرح

=

٢-ولو شرطت عليه أن يُطلّق ضَرَّتَها فالشّرط باطلٌ[١]، والنّكاح صحيحٌ؛ لأنّه شرطٌ يفضي إلى محظور شرعيٍّ، فلا يصحّ؛ لنَهْيه ﷺ : «ولا تَسْأَلُ المرأةُ طلاقَ أُخْتِها لِتَكْتَفِئَ صَحْفَتَهَا»[٢]. وقال ابن مسعود ﷺ : «لا تشترط المرأةُ طلاقَ أختها»[٣]، أمّا صحّة النّكاح؛ فلأنّه عقدٌ لا يُفْسِدُهُ الشّرط الفاسد، ولأنّ هذا الشّرط خارجٌ عن حقيقة العقد فصحّ معه العقد، وفيه التّغليظ على المرأة أن تسأل طلاق الأخرى ولو كانت كتابيةً؛ فهذا شرطٌ خارجٌ عن شروط المؤمنين[٤].

=

مسلم ٢٠٦/٩، والمجموع ٢٧٩/٩-٢٨١، وإحكام الفصول ص ٧٧٣، وفتح الباري ١٢٥/٩-١٢٦، ومختصر الخرقي٤٨٣/٩، والمغني ٤٨٣/٩-٤٨٩، والشّرح الكبير مع الإنصاف ٣٩٠/٢٠-٣٩٤،وإعلام الموقّعين ص٢٣٧، وشرح منتهى الإرادات١٦٩/٣، و١٨١/٥،والمحلّى١٠٩/٥، و٣٥٣،و٨٦/٩،و١٢٣-١٢٧.

(١) وقولٌ عند الحنابلة بجواز الشّرط وصحته ولزومه، وصحّحه أبو الخطاب؛ لأنّه شرطٌ لا يُنافي العقد، ولها فيه فائدةٌ، فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوّج عليها. وردّه ابن قدامة في المغني ٤٨٦/٩، وفي المقنع ٣٩٥/٢٠، وقال: «لم أرَ هذا لغيره، وقد ذكرنا ما يدلّ على فساده».

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٨٢/٥، كتاب الشّروط، باب الشّروط في الطّلاق، برقم: (٢٦٤٠)، و١٢٦/٩،كتاب النّكاح، باب الشّروط التي لا تَحِل في النّكاح، برقم: (٤٩٦٢)، ومسلم في صحيحه ١٠٢٩/٢، كتاب النّكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمّتها...، برقم: (١٤٠٨)، واللّفظ له.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١٢٦/٩، تعليقاً، كتاب النّكاح، باب الشّروط التي لا تحلّ في النّكاح.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٥٦٥/٢، والقوانين الفقهية ص ١٤٦، والشّرح الكبير مع الإنصاف ٣٩٥/٢٠-٣٩٧، والمحلّى ٨٦/٩.
وانظر أيضاً: شرح مسلم ١٩٥/٩-١٩٦، وفتح الباري ٣٨٣/٥، و١٢٧/٩.

٣-مَنْ زوَّج أمَتَهُ وشَرَطَ عليه أن تكون عندهم بالنّهار، ويَبْعَثُ بها إليه باللّيل؛ فالشّرط والعقد صحيحان جائزان، ويلزم الوفاء بالشّرط؛ لأنّ المؤمنين عند شروطهم، وعلى الزّوج النّفقةُ مُدَّةَ مُقامهها عنده، أمّا الشّرط فصحيحٌ؛ لأنّه لا يُخِلُّ بمقصود النّكاح؛ فإنَّ الاستمتاع إنّما يكون ليلاً في الغالب، وإذا كان الشّرط صحيحاً لم يمنع صحّةَ العقد؛ فيكونان صحيحين، وعلى الزّوج النَّفقةُ في اللّيل؛ لأنّها في مقابلة تسليم نفسها إليه فيه، وليس عليه نفقة النّهار؛ لأنّها في مقابلة الاستمتاع، وهو لا يَتمكَّن من الاستمتاع بها في ذلك الوقت[١].

٤-مَنْ خالَعَ واشترط الرّجعة في الخلع، فالخلع صحيحٌ ويقع الطّلاق بائناً؛ لأنّ الخلع لا يكون إلاّ بائناً، فالشّرط فاسدٌ لمخالفته مقتضى العقد ومنافاته لسنته فلا اعتداد به، وقيل: ينفعه الشّرط على القاعدة، ويكون رجعياً[٢].

٥-إذا قال رجلٌ لامرأة أجنبية منه: إنْ تَزَوَّجْتكِ فأنتِ علَيَّ كظهر أمّي؛ فتزوّجها صار منها مُظَاهِراً؛ لوجود الإضافة إلى سبب الملك وتحقّق به الشّرط، والمؤمنون على شروطهم، وهذا من فروع الشّرط المتقدّم على العقد[٣].

---

(١) انظر: المغني ٥٠٨/٩، وشرح منتهى الإرادات ٣٠٥/٥.

(٢) انظر: المعونة ٨٧١/٢، وتطبيقات القواعد ص ٢٥٨، والمهذّب ١١/٣، والمنثور ١٤٣/٢، والمغني ٢٧٩/١٠.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٨/٣، وبداية المجتهد ٢٠٣/٣-٢٠٤.

٦-إذا قال: أبيعك هذا العبد بشرط أن تعتقه؛ كان البيع والشّرط صحيحين؛ لأنّه يتضمّن ما يتشوّف إليه الشّرع، ولأنّ المؤمنين عند شورطهم[١].

٧-إذا اشترط المشتري الحصاد على البائع، أو نقل السّلعة على البائع؛ فإنّ الشّرط صحيحٌ وجائزٌ على الصّحيح،ويلزم الوفاء به؛لأنّ المؤمنين عند شروطهم، ويكون هذا بيعاً وإجارةً؛ لأنّه باعه الزّرعَ وآجره على حصاده، وكلّ واحدٍ منهما يصحّ إفراده بالعقد؛ فإذا جمعهما جاز؛ كالعَيْنَين[٢].

٨-إذا اشترط أحد المتعاقدين الخيار لأجْنَبِيٍّ،صحّ الشّرط،وكان اشتراطاً لنفسه، وتوكيلاً لغيره؛ لأنّ الخيار يَعتَمد شرطهما، ويُفَوِّض إليهما، وقد أمكن تصحيح شرطهما، وتنفيذ تصرّفهما، فَيَجب الوفاء به مع إمكان تصحيحه؛ ولأنّ المؤمنين عند شروطهم، وعلى هذا يكون لكلّ واحدٍ من الْمُشْتَرِط ووكيله الذي شَرَطَ الْخيَار له الفَسْخُ[٣].

٩-إذا باعه عيناً، واشترط البراءة عن كلّ عيبٍ لم يعلمه، ولا كتمه، فإنّ الشّرط صحيحٌ، والبيع جائزٌ، سواء عمّ العيب كلّها، بأن قال: بعتُك على أنّي بريءٌ من كلّ عيبٍ، أو خَصَّ بأن سَمَّى جنساً من العيوب؛ والمؤمنين عند شروطهم[٤].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٣/٣١١، وحاشية الدّسوقي ٣/٦٦، والمجموع ٩/٢٧٠، والشّرح مع الإنصاف ١١/٢٣٧، والقواعد النّورانية ص ٢٩١.

(٢) وعند الشّافعية الشّرط باطلٌ يبطل به العقد. انظر: المقدّمات ٢/٦٧، وبداية المجتهد ٣/٣١٢-٣١٣، والقوانين الفقهية ص ١٧٢، والمجموع ٩/٢٧٤، ومختصر الخرقي مع المغني ٦/١٦٤-١٦٥.

(٣) انظر: المغني ٦/٤٠.

(٤) هذا مذهب الحنفية، ورواية عن كلٍ من الإمام مالك وأحمد هي المعتبرة في المذهب عندهما.

=

١٠-مَنْ اشترى ناقةً وهي حامل بشرط أن تضع حملها إلى شهر أو شهرين؛ فإنّ الشّرط فاسدٌ لاغٍ، ويصحّ البيع معه؛ لأنّه شرطٌ لا يقتضيه العقد، وفيه غررٌ وجهالةٌ، إلاّ أنّه لا ينافي مقصود العقد؛ إذ لا يمنع التّسليم؛ فصحّ البيع معه[١].

١١-أنّ حكم عقد الوديعة لزوم الحفظ للمالك؛ لأنّ الإيداع مِنْ جانب المالك استحفاظٌ، ومِنْ جانب المودَع التزام الحفظ، وهو مِنْ أهل الالتزام؛ فجرى مجرى الشّرط فيلزمه؛ لأنّ المؤمنين عند شروطهم[٢].

١٢-القاعدة أنّه لا ضمان على الْمُودَع، ولا على عامل القراض، ولا على المستأجر على حمل شيءٍ إذا لم يفرّط، وأنّ المستعير والمرتهن يضمنان ما يغاب عليه، ولا يضمنان ما لا يغاب عليه، فَمَنِ اشترطَ في هذه العقود خلاف سنتها مِنَ الضّمان أو عدمه، فلا اعتداد

=

وذهب الشّافعية إلى أنّه إن خصّ جنساً صحّ، وإن عمَّ لا يصح، وهو قولٌ عند المالكية ورواية عند الحنابلة، وذهب الظّاهرية إلى أنّه لا يجوز البيع بالبراءة من كلّ عيب.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٢/٤، والموطّأ ٦١٣/٢، والتّفريع ١٧٩/٢، والمعونة ١٠٦٦/٢-١٠٦٧،ومختصر المزني ص ١٢٧، وأشباه السّيوطي ص٥٩٨، و٧٠٢، ومختصر الخرقي والمغني ٢٦٤/٦-٢٦٦، وإعلام الموقّعين ص ٨٦٣-٨٦٧، وشرح منتهى الإرادات ١٨١/٣.

(١) وعند الحنفية البيع فاسد؛ لأنّ القاعدة عندهم فساد عقود المعاوضات بالشّروط مطلقاً، وهنا مع وجود شرط فاسد وهو الغرر.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٦/٤، والمقدّمات ٦٦/٢-٦٧، والمغني ٤٣/٦، و١٦٧، و١٧٩/٧، والمقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف ٢٥٥/١١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٠٨/٥.

بشرطه، وهو شرطٌ فاسدٌ، يصحّ معه العقد ويبقى على سنته، وقيل: يعمل بالشّرط على القاعدة(١).

١٣-إذا اشترى سلعةً وشرط أن يرهنه بها شيئاً معلوماً من ماله، أو شَرَطَ ضميناً؛ فالبيع والشّرط صحيحان؛ لأنّه منْ مصلحة العقد، غير منافٍ لمقتضاه،فكان صحيحاً يلزم الوفاء به؛لأنّ المؤمنين عند شروطهم(٢).

١٤-إذا دفع رجلٌ إلى رجلٍ مالاً مضاربةً بشرط أن يعمل به في مكانٍ معيَّنٍ، فالشّرط جائزٌ صحيحٌ، ويلزم الوفاء به،فليس للعامل أن يعمل في غيره؛ لأنّ الأماكن تختلف بالرّخص والغلاء، وكذا في السّفر خطرٌ فيعتبر، ولأنّ المؤمنين عند شروطهم(٣).

١٥-لا يصحّ لصاحب المال في المضاربة أن يشترط لنفسه شيئاً مِنَ الرّبح خالصاً دون العامل، ولا العكس، ولا اشتراط أحد المقترضين على صاحبه زيادةً من ذهبٍ، ولا فضّةٍ، ولا طعامٍ، ولا شيءٍ من الأشياء يزيده أحدهما على صاحبه؛ وذلك لأنّه لا يجوز لأحد من المتعاملين أن يشترط لنفسه من الرِّبح شيئاً لا يُفْضِي إلى الأجزاء، فإن دخل القراضَ شيءٌ من ذلك صار إجارةً، ولا تصلحُ الإجارةُ إلاّ بشيءٍ ثابتٍ معلومٍ(٤).

---

(١) انظر: المنتقى ٨٤/٧، وتطبيقات قواعد الفقه ص ٢٥٨، و٢٥٩، والمغني ١٧٩/٧، والمحلّى ١٣٩/٨.

(٢) انظر: الشّرح الكبير مع الإنصاف ٤٧٢/١٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٣٧/٥، والمنتقى ٩١/٧-٩٤، والمغني ١٧٦/٧-١٨١.

(٤) انظر: الهداية ٤٩/٣، الاستذكار ١٦/٦، والمنتقى ٨٥/٧-٨٦، والمهذّب =

١٦-إذا شرط ربُّ السَّلَم التَّسليم في بلدٍ أو قريةٍ بدون تخصيص مكانٍ معيَّن منه؛ فحيث سلّم إليه في ذلك الموضع فقد برأ، وليس لربّ السَّلَم أنْ يتخيّر مكاناً؛ لأنّ المشروط هو التّسليم في مكانٍ منه مطلقاً، وقد وُجِدَ، وإن سلّم في غير المكان المشروط فلربّ السَّلَم الخيار؛ لأنّ المؤمنين عند شروطهم[١].

١٧-إذا كاتب جاريةً على ألف درهمٍ، وشرط ألاَّ تخرج من المصر، أو شرط أن لا يسافر؛ فالشّرط فاسدٌ؛ لأنّه يخالف مقتضى العقد؛ لأنّ العقد يقتضي انفكاك الحجر، وانفتاح طريق الإطلاق له إلى أيّ بلدٍ ومكانٍ شاء؛ فيفسد الشّرط، لكن لا يفسد عقد الكتابة؛ لأنّ هذا شرطٌ لا يرجع إلى حقيقة العقد، ومثله من الشّروط لا يوجب فساد العقد[٢].

١٨-إذا أعتق رجلٌ عبدَهُ وعلّقه على شرط خدمته سنة، مثل أن يقول: أنتَ حُرٌّ بشرط أن تَخدمَني سنةً؛ فذلك شرطٌ صحيحٌ لازمٌ، يلزم الوفاء به؛ لأنّ المؤمنين عند شروطهم، ولأنّ الشّرط كان قبل العتق، ولو كان الشّرط بعد العتق فهو حرٌّ والشّرط باطلٌ[٣].

١٩-ولو كاتب عبده على ألف درهم، وشرط عليه أن يخدمه و لم يبيِّن مقدار الخدمة؛ فإنّ هذا الشّرط فاسدٌ لجهالةٍ في منفعة الْمُكَاتِب مِمّا

=

٢/٢٥٨-٢٥٩، والمغني ٧/١٧٦-١٨١.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٥٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٦٠٩، والهداية ٣/٥٠-٥١، والمنتقى ٨/٢٨٧، ومنتهى الإرادات ٢/٧٢.

(٣) انظر: معالم السّنن٤/٢٥١،والمنتقى ٨/٢٨٧،وبداية المجتهد ٤/٢٦٧،ومنتهى الإرادات٢/٦٥، و٦٦.

يؤدِّي إلى الغرر، فيفضي إلى التّنازع والاختلاف، ولأنّه شرطٌ ينافي مقتضى العقد، أشبه ما لو شرط مِيرَاثه، ولكن العقد يبقى صحيحاً؛ فيعتق؛ لأنّ الشّرط ليس داخلاً في حقيقة العقد[1].

٢٠-أنّ الواقف لا يجوز أن يرجع إليه شيءٌ من منافعه، ولكن إذا اشترط أن يأكل هو منه، أو يأكل أهله منه، أو صديقه؛ صحّ الوقف والشّرط، وله ما شَرَطَ يلزم الوفاء به، ويكون له مقدار ما يشترط؛ لأنّ المؤمنين عند شروطهم[2]، ولأنّ عمر بن الخطاب ﷺ لما وقف قال: «لا جُناح علَى مَنْ وَلِيَها أَنْ يأكُلَ منها بالمعروف، أو يُطْعِمَ صديقاً غير مُتَمَوِّلٍ فيه»[3]، ولأنّه يجوز لكلّ مَنْ أخرج عيناً من ملكه بِمعاوضة؛ كالبيعِ والخلع، أو بتبرُّعٍ؛ كالوقف والعتق أن يَستَثْنَى بعض منافعها.

٢١-وإن شرط ما ينافي مقتضى الوقف؛ كأن يشترط أن يبيعه متَى شاء، أو يَهَبهُ، أو يرجع فيه لم يصِحَّ الشَّرطُ ولا الوقف، وهذا مجمع

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٦١٠، والهداية ٣/٥٠-٥١، والاستذكار ٦/٤٢٧-٤٢٨، وبداية المجتهد ٤/٢٦٧، والمغني ٦/١٦٧، و٧/١٧٩، و١٤/٤٧٧، و٥٧١، والمحلّى ٨/٢٤٥.

(٢) هذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وذهب الشّافعية ومحمّد بن الحسن من الحنفية إلى أنّه لا يصحّ شرطه ولا الوقف؛ لأنّه إزالة الْملك، فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه؛ كالبيع والهبة، ولأنّ ما ينفقه على نفسه مجهولٌ، فلم يصحّ اشتراطه، كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به.
انظر: جامع الأمهات ص ٤٤٩، والقوانين الفقهية ص ٢٤٤، والمهذّب ٢/٥٢١، والمغني ٨/١٩١-١٩٢، والقواعد النّورانية ص ٢٩١، وإعلام الموقّعين ص ٦٦٥، و٩٩٣.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٥/٤١٨، كتاب الشّروط، باب الشّروط في الوقف، برقم: (٢٦٤٩)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢٥٥، كتاب الوصية، باب الوقف، برقم: (١٦٣٢)، واللّفظ له.

عليه(١)، وكذا يفسد إن شَرَطَ الخيار؛ لأنّه شرطٌ ينافي مُقتضى العقد فلم يصحَّ؛ كما لو شَرَطَ أنّ له أن يبيعه متَى شاء، ولأنّه إزالة ملْك لله تعالى، فلم يصحّ اشتراط الخيار فيه كالعتق، ولأنّه ليس بِعَقْدِ مُعَاوَضَة فلم يصحَّ اشتراط الخيار فيه كالهبة.

٢٢- وإنْ شَرَطَ في الوقف أن يُخْرِجَ مَنْ شاء من أهل الوقف، ويُدْخِل مَنْ شاء من غيرهم لم يصحَّ؛ لأنّه شَرْطٌ ينافي مقتضى الوقف فأفسده، كما لو شَرَطَ أن لا ينتفع به، وإن شَرَطَ للنّاظر أن يُعطِي مَنْ يشاء من أهل الوقف، ويَحرِمَ مَنْ يشاء جاز؛ لأنّ ذلك ليس بإخراجٍ للموقوف عليه من الوقف، وإنّما علّق استحقاق الوقف بصفة؛ فكأنّه جعل له حقّاً في الوقف إذا اتّصف بالصّفة، ولم يجعل له حقّاً إذا انتفت تلك الصّفة فيه، فأشبه ما لو وقف على الْمُشتغلين بالعلم من ولده؛ فإنّه يستحقّ منهم مَنِ اشتغل به دون مَنْ لم يشتغل به، فلو ترك الْمُشتغل الاشتغال زال استحقاقه، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه(٢).

٢٣- أنّ الشّرط إذا كان صحيحاً يلزم الوفاء به حتّى لو كان بين المسلم وغير المسلم، فلو أَسرَ الكفّارُ مسلماً؛ فأُطْلِقَ بشرط أن يُقيمَ عندهم مُدّةً معيّنةً، أو أن يقيم عندهم أبداً، ورضي بالشّرط لزمه الوفاء؛ فليس له أن يهرب، أو أُطلِق بشرط أن يأتي إلى دار الإسلام ويرجع

---

(١) حكَى الإجماع ابن قدامة في المغني ١٩٢/٨-١٩٣، وانظر: جامع الأمهات ص ٤٤٩، والقوانين الفقهية ص ٢٤٤، والمهذّب ٥٢١/٢.

(٢) انظر: جامع الأمهات ص ٤٤٩، والقوانين الفقهية ص ٢٤٤، والمهذّب ٥٢١/٢، والمغني ١٩٣/٨.

إليهم، أو أن يبعث إليهم مالاً، وإن عجز عنه عاد إليهم ورضي، لزمه الوفاء؛ لأنّ المؤمنين عند شروطهم، ولأنّ في الوفاء مصلحةً للأساري، وفي الغدر مفسدةً عليهم؛ لأنّهم لا يأمنون بعده مع دعاء الحاجة إليه، إلاّ المرأة، إذا أُسِرَتْ،ثم أطلقت بشرط أن ترجع إليهم،فلا يَحِلّ أن ترجع إليهم لقوله تعالى:﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾(١)، ولأنّه تسليطٌ على وطئها حراماً فلا يَحِلّ، ولأنّ شرط ردّ مَنْ أتاه مِنْ أهل مكّة مسلماً إليهم كان في الرّجال لا في النِّساء، وقيل: كان شرط ردّهِنَّ في عقد المهادنة لفظاً صريحاً؛ فنسخ الله ردَّهُنَّ من العقد، ومنع منه، وأبقاه في الرّجال على ما كان(٢).

٢٤- مَنْ دخل إلى أرض العدوّ بأمانٍ، لَمْ يَخُنْهم في مالهم، ولَمْ يُعاملهم بالرِّبا؛ لأنّ النّصوص الدّالة على تحريم الرّبا عامّة لم يُعْلَمْ ما يخصِّصه، فبقيت على عمومها تتناول الرِّبا في كلّ مكانٍ وزمانٍ. وأمّا خيانتهم؛ فَمُحَرَّمةٌ؛ لأنّهم إنّما أَعْطَوه الأمان مشروطاً بتركه خِيانتهم، وأَمْنِه إيّاهم مِنْ نفسه، وإنْ لم يكن ذلك مذكوراً في اللّفظ، فهو معلومٌ في الْمَعْنَى، وذلك أنّ مَنْ جاءنا منهم بأمانٍ فخاننا، كان ناقضاً لعهده؛ فإذا ثبت هذا، لَم تَحِلَّ له خِيانَتُهم؛ لأنّه غَدْرٌ، ولا يصلُحُ في دِيننا الغَدْر، ولأنّ المؤمنين عند شروطهم، وهذا شرطٌ يلزم الوفاء به؛ فإنْ خانَهم، أو سرق منهم، أو اقترض شيئاً، وجب عليه ردّ ما أخذ إلى أربابه(٣).

---

(١) سورة الممتحنة، الآية ١٠.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ١٨/٥٥-٦١، وشرح مسلم ١٢/٣٥١، وفتح الباري ٥/٤٠٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/٨٣-٨٤.

(٣) انظر: المغني ١٣/١٥٢.

٢٥- مَنْ باع جملةً واستثنَى منها شيئاً، ينظر؛ فإن كان المستثنَى شائعاً يجوز إفراده بالبيع؛ فالبيع في المستثنَى منه جائزٌ، كما لو باع الثّمرة على رؤوس النّخل واستثنَى منها ثلثها؛ يجوز البيع؛ لأنّه استثنَى ما يجوز إفراده بالبيع، فأشبه ما إذا باع جزءاً مشاعاً منه من الثّلث والرّبع، وإن كان المستثنَى لا يجوز إفراده بالبيع؛ فالبيع في المستثنَى منه فاسدٌ، كما لو باع حاملاً واستثنَى ما في بطنها لا يجوز؛ لأنّه لا يجوز إفراده بالبيع(١).

٢٦- ولو أعتق الأمَةَ، أو كاتبها وشَرَطَ ما في بطنها، أو أعتق ما في بطنها دونها، يصحّ العتق وله شرطه، عملاً بقاعدة المؤمنين عند شروطهم، ولأنّه يصحّ إفراده بالعتق فصحّ استثناؤه كالمنفصل، ويفارق البيع؛ لأنّه عقدُ معاوضة يُعْتَبَرُ فيه العلمُ بصفات العوض؛ ليُعْلَمَ هل قائمٌ مقام الْمُعَوَّض أم لا؟، والعتق تَبَرُّعٌ لا تَتَوَقَّف صِحَّتُهُ على معرفة صفات الْمُعتق، ولا تنافيه الجهالة بها، ويكفي العلم بوجوده، وقد عُلِمَ؛ ولذلك صحّ إفراد الحمل بالعتق ولم يصحّ إفراده بالبيع، ولأنّ استثناءه في البيع إذا بَطَلَ، بَطَلَ البيع كلّه، وههنا إذا بَطَلَ استثناؤه لم يبطل العتق في الأم، ويسري الإعتاق إليه(٢).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٧/٤، والهداية ٤٩/٣، والمعونة ٩٧٠/٢، والاستذكار ٢٧٤/٥-٢٧٥، وبداية المجتهد ٣١٤/٣، و٣١٥، ومعالم السّنن ٦٩٤/٣، وعارضة الأحوذي ٢٨٧/٥، والمجموع ٢٧٣/٩-٢٧٤، وشرح مسلم ٤٣٧/١٠، والمغني ٥٥٥/١٤، والقواعد النّورانية ص ٢٩١،و٢٩٣-٢٩٤، وشرح منتهى الإرادات ١١/٥.

(٢) هذا مذهب الحنابلة، وذهب الحنفية والمالكية والشّافعية إلى عدم جواز الشّرط، فلا يصحّ استثناء الجنين في العتق؛ قياساً على البيع. انظر: المراجع السّابقة.

٢٧-مَنْ تزوّج بأمة لا يكون ولدها حرّاً إلاّ إذا اشترط الزّوج حُرِّيَّتَه؛ فإن اشترطها فحُرٌّ؛ لأنّ المؤمنين عند شروطهم، ومقاطع الحقوق عند الشّروط،ولأنّه عقدٌ لا يَمنع المقصود من النّكاح فلزم؛ كشرط سيّدها زيادة مهرها[١].

٢٨-من العقد المشتمل على شرط فاسد يفسد العقد؛ بيعُ العُرْبَان، وصورته: أن يشتري الرّجلُ شيئاً فيدفع إلى المبتاع من ثَمن ذلك المبيع شيئاً على أنّه إن نفّذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثَمن السّلعة، وإن لم ينفذ ترك المشتري بذلك الجزء من الثّمن عند البائع و لم يطالبه به، وإنّما مُنِعَ مِنْهُ؛ لأنّه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوضٍ، فيدخل في بيع الثّنيا المنهي عنه إلاّ أن تُعْلَمَ[٢]، وأمّا لو عَرْبَنَه

=

يصحّ استثناء الجنين في العتق؛ قياساً على البيع. انظر: المراجع السّابقة.

(١) انظر: الاستذكار ٣٩٤/٦، وشرح منتهى الإرادات ١٧٦/٥-١٧٧.

(٢) حديث نهي النّبيّ ﷺ عن الثُّنْيا إلاّ أنْ تُعْلَمَ، أخرجه أبو داود في سننه ٦٩٤/٣، كتاب البيوع والإجارات، باب في المخابرة، برقم: (٣٤٠٤)، والتّرمذي في سننه ٥٨٥/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في النّهي عن الثُّنْيا، برقم: (١٢٩٠)، والنّسائي في سننه ٢٩٦/٧، كتاب البيوع، باب النّهي عن الثّنيا حتّى تُعْلَمَ. وقال التّرمذي: «هذا حديثٌ حَسَنٌ صحيحٌ، غريبٌ من هذا الوجه».
وأخرجه مسلم في صحيحه ١١٧٥/٣، كتاب البيوع، باب النَّهْي عن المحاقلة... برقم: (٨٥/١٥٣٦) بدون زيادة: «إلاّ أنْ تُعْلَمَ»،وانظر:صحيح أبي داود:(٢٩٠٥، و٢٩٠٦)، ومشكاة المصابيح(٢٨٣٦).
والثّنيا الْمُبْطِلَةُ للبيع، أن يبيعه ثَمر حائطه ويستَثنَى منه جزءًا غير معلومٍ فيبطل، أو يقول: بعتُكَ هذه الصّبرة إلاّ بعضها، وهذه الأشجار أو الأغنام أو الثّياب ونحوها إلاّ بعضها؛ فلا يصحّ البيع؛ لأنّ المستثَنى مجهولٌ، والمبيع حينئذٍ يكون مجهولاً؛ أمّا
=

على أن يُحسبَ عربانه مِنْ ثَمن سلعته إِنْ تَمَّ البيع، وإلاّ ردَّه، وهذا وجهٌ جائزٌ عند الجميع(١).

٢٩-إذا شَرَطَ في الرّهن أنّه متَى حَلَّ الحقُّ و لم يُوَفِّني؛ فالرّهن لِي بالدَّين، أو فهو مَبيعٌ لي بالدَّين الذي عليك، فهو شرطٌ فاسدٌ مُفْسِدٌ؛ لأنّه شرطٌ منهيٌ عنه؛ لقوله ﷺ : «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ»(٢)، أي: لا يأخذه المرتَهن إذا حلّ الأجل بِما له عليه، ولا يكون أولى به مِنْ صاحبه،

=

إذا كان ما يستثنيه شيئاً معلوماً؛ كالثّلث والرّبع ونحوه فجائزٌ استثناؤه. انظر: معالم السّنن ٦٩٤/٣، وشرح مسلم ٤٣٧/١٠، وحاشية السّندي ٢٩٦/٧.

(١) انظر: الاستذكار ٢٧٣/٥، والتّمهيد ٩/١٢-١٠، والمنتقى ٢٠/٦، وعارضة الأحوذي ٢٨٨/٥-٢٩٠، وبداية المجتهد ٣١٣/٣، والمجموع ٢٤٤/٩-٢٤٦، والمغني ١٦٧/٦-١٦٨، و٣٣١، والمقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف ٢٤٩/١١-٢٥٢، وشرح منتهى الإرادات ١٧٩/٣.

(٢) أخرجه الإمام مالك في موطّئه ٧٢٨/٢، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من غلق الرّهن، برقم: (١٣)، وابن ماجه في سننه ٨١٦/٢، كتاب الرّهون، باب لا يغلق الرّهن، برقم: (٢٤٤١)، والبيهقي في سننه ٣٩/٦-٤٠، وأورده الحافظ ابن عبد البرّ بأسانيده من طرق مختلفة في التّمهيد ٧٥/١٣-٧٩.

وقال الإمام مالك في تفسيره في الموطّأ ٧٢٩/٢: «وتفسير ذلك فيما نُرَى والله أعلم أَنْ يَرْهَنَ الرّجلُ الرّهنَ عند الرّجل بالشّيء، وفي الرّهن فضلٌ عَمّا رُهِنَ به، فيقول الرّاهنُ للمُرتَهِن: إنْ جئتُك بحَقِّكَ إلى أَجَلٍ يُسَمِّيه له، وإلاّ بالرّهنُ لكَ بما رُهِنَ فيه. قال: فهذا لا يصحّ ولا يَحلّ، وهذا الّذي نُهِيَ عنه، وإنْ جاء صاحبه بالّذي رَهَنَ به بعد الأجل فهو له، وأُرَى هذا الشّرط مُنْفَسِخاً».

قال الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ٨٠/١٣، و٨١: «وعلى نحو هذا فسّره الزّهري، وسفيان الثّوري، وطاوس، وإبراهيم النّخعي، وشريح القاضي». وانظر: الاستذكار ١٣٥/٦-١٤١، والمغني ٥٠٧/٦، والشّرح الكبير٢٤٩/١٢،و٤٦٨-٤٦٩،ومنتهى الإرادات٢٥٥/١،وشرح منتهى الإرادات١٧٨/١.

ولأنّه علّق البيع على شرط؛ فإنّه جعله مبيعاً بشرط ألاّ يُوفّيه الحقّ في محلّه، والبيع المعلّق بشرط لا ينعقد أصلاً فليس حكمه له.

٣٠- قال في المغني: «إذا خرج كافرٌ يطلب المبارزَة جاز رَمْيُهُ وقَتْلُهُ؛ لأنّه مشركٌ لا عهدَ له، ولا أمان له، فأبيح قَتْلُهُ كغيره، إلاّ أن تكون العادةُ جاريةً بينهم أنّ مَنْ خرج يطلب الْمُبَارَزَة لا يُعرَضُ له، فيجري ذلك مَجرى الشّرط، وإذا خرج إليه أحدٌ يبارِزُهُ بشرط أن لا يُعينه عليه سواه، وجب الوفاء بشرطه؛ لأنّ المؤمنين عند شروطهم»[1].

---

(١) المغني لِموفّق الدِّين ابن قدامة ١٣/٤٠، وانظر: الاستذكار ٤/٢٧-٣٤، وجامع الأمهات ص ٤٤٩، والقوانين الفقهية ص ٢٤٤، والمهذّب ٢/٥٢١.
نقلتُ نصّ كلام الإمام ابن قدامة هنا؛ لأقف عنده قليلاً، وأربطه بواقعنا اليوم الذي صار فيه طائفةٌ يُمارسون تصرّفات وعمليّات من قتلٍ وسلب وتَخويف؛ كلّه باسم الدِّين وتحت راية الجهاد، وفي الحقيقة الدِّين منه بريءٌ براءة الذِّئب من ابن نَبِيّ الله يعقوب على نبيّنا وعليه الصّلاة والسّلام.
وهنا يقول الإمام: «إذا خرج كافرٌ يطلب البرازَ جاز رَمْيُه وقتله». هذا متى؟ عند خروجه، لا إذا لم يخرج، ولم يحمل السّلاح، وعلى أيّ أساسٍ؟ قال: «لأنّه مُشركٌ»، وهذا لم يكفِ شرطاً، بل لأنّه: «لا عهد له، ولا أمان له»، فذكر ثلاثة شروط لإباحة قتله: الشّرك، وعدم العهد، وفقدان الأمان، والقاعدة أنّ الحكم إذا أنيط بأكثر من شرط لا يجوز فعله إلاّ عند حصولها إن كانت على الجمع، وإن كانت على البدل حصلَ عند أحدها وإلى المعلّق تعيينه، انظر: الذّخيرة ١/٩٩. وهذه على الجمع؛ فلو كان مشركاً معاهداً لا يجوز قتله، ولو كان مشركاً ذا أمان من أحد أفراد الأمّة لا يجوز قتله، فماذا يكون الحكم لو نال الأمان من إمام المسلمين؟!
ثم قوله: «وإذا خرج إليه أحدٌ -من المسلمين- يُبارزه بشرط أنْ لا يُعينه عليه سواه وجب الوفاء بشرطه»، سبحان الله! العدوُّ الكافرُ يشترط على المسلمين في ساحة القتال والمعركة بما ظاهره في صالحه على المسلمين ومع ذلك فالحكم الشّرعي وجوب الوفاء له بشرطه، لِمَاذا؟ لأنّ المؤمنين عند شروطهم.

=

=

فإذا كان الأمر كذلك في وقت القتال، فماذا يكون الحكم في داخلِ دولة إسلاميّة مثل المملكة العربية السّعودية -حرسها الله تعالى وحرزها، وأيّدها بنصره- يقودها أناسٌ هم خيرة القادة في هذا الزّمان، وكما يقال: مَنْ جَرَّب مثلَ تَجربتي، عرف مثل معرفتي، وقد قال أخٌ مسلمٌ من دولة الجزائر وهو ينصح هؤلاء: «لو أنّ الدول الإسلامية المتبقية قامت بربع ما تقوم به المملكة العربية السّعودية لعادت الخلافة الإسلامية»، صدق وجزاه **الله** خيراً.

قال ابن عبدالبرّ في **الاستذكار**٤/٣٥: «إذا كان دَمُ الحربيِّ الكافرِ يَحْرُمُ بالأمان، فما ظنُّكَ بالْمُؤَمَّن الذي يُصبِحُ ويُمْسِي في ذمّة الله! كيف تَرىً في الغَدْرِ به والقتل؟»، فكيف بدم مؤمنٍ في دولة مؤمنة؟

الجهادُ دينٌ وشريعةٌ، ولكنّ له شروطَه وأسبابه وموانعه تَجب مراعتها، ومن أهمّها أنّ الذي يدعو إليه فقط هو الإمام الأعظم، وهذا الذي عليه المسلمون عبر العصور، ولن يصلح آخر هذه الأمّة إلاّ بما صلح به أوّلها، والإسلام دينٌ ذو سند فما لم يكن لسلفنا ديناً فلن يكون لنا ديناً. عصم الله تعالى أمّة نَبِيه من الفتن وتشويش الشّيطان. آمين.

المبحث الثّاني: القاعدة السّابعة والثّلاثون [٣٧]

[المَعرُوفُ عُرفًا كالمَشروطِ شَرْطًا]

هذه القاعدة مأخوذةٌ من تخريج ابن رشد لقول الإمام مالك ضمن مسائل أنواع الهبات؛ حيث قال: «فأمّا هبةٌ لغير الثّواب فلا خلاف في جوازها[١]، وإنّما اختلفوا في أحكامها.

وأمّا هبة الثّواب فاختلفوا فيها، فأجازها مالكٌ وأبو حنيفة، ومنعها الشّافعي، وبه قال داود وأبو ثور[٢].

---

(١) انظر: عيون المسائل ص ١٦٨-١٧٠، ومختصر القدوري ص ١٢٤-٢٦، وبدائع الصّنائع ١٦٢/٥، و١٦٨، والهداية ٢٢٩/٣، ورسالة ابن أبي زيد القيرواني ص ٢٢٩، والمعونة ١٦٠٧/٣، و١٦٠٩-١٦١٠، والقوانين الفقهية ص ٢٤١-٢٤٢، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٩٩/٢، مختصر المزني ص ١٨٩، والمهذّب ٥٣٥/٢-٥٤١، والمغني ٢٧٧/٨-٢٨١، والمقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف ٥/١٧-١١، ومنتهى الإرادات ٤١٣/١، و٤١٤، وشرح منتهى الإرادات ٣٩١/٤، والمحلّى ٥٦/٨-٥٩، ومعالم السّنن ٨٠٧/٣، وتفسير السّعدي ص ٦٤٢.

(٢) هبة الثّواب هي: أنْ يَهَبَه على أنْ يُكافِأه الموهوب له، كأن يقول: هذا لك على أنْ تُثيبَني.

وللعلماء فيها مذهبان:

المذهب الأوّل: منعها. وبه قال: الشّافعية والظّاهرية وأبو ثور وقولٌ للحنابلة.

من أدلّتهم:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ﴾ [المدثّر: ٦]، قال الإمام القرطبي في تفسيره ٦٣/١٩: «فيه أحد عشر تأويلا:... الثّاني: لا تُعْطِ عطيةً تلتمس بها أفضل منها...، إذا أعطيتَ عطيّةً فاعطها لربّك».

٢- أنّها عطيّةٌ على وجه التّبرّع فلم تقتض ثواباً كهبة المِثْل والوصية.

=

=

٣- ولأنّ هذا الشّرط ليس في كتاب الله عزّ وجلّ؛ فهو باطلٌ.

المذهب الثّاني: جوازها، إلاّ في حقّ النّبيّ ﷺ فلا يجوز. وبه قال الحنفيـــة والمالكيـــة والحنابلة، وقولٌ للشّافعية في هبة الأدنَى للأعلى.

من أدلّتهم:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ﴾ [المدثّر: ٦]، قال الإمام القرطبي في تفســيره ١٩/٦٣: «فيه أحد عشر تأويلاً:... الثّاني: لا تُعْطِ عطيةً تلتمس بها أفضـــل منها، قاله ابن عبّاسٍ رضي الله عنه، وعكرمة وقتادةَ. قال الضّحّاك: هذا حرّمه الله على رسوله ﷺ؛ لأنّه مأمورٌ بأشرف الآداب وأجلّ الأخـــلاق، وأباحـــه لأمّته؛ وقاله مجاهد».

٢- قوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَا۟ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُوا۟ عِندَ ٱللَّهِ﴾، [الرّوم الآية: ٣٩]، والرّبا: بمعنَى الزّيادة، وهنا هي حلال، وثبت بهذا أنّه قسمان: منه حلالٌ ومنه حرامٌ. ونقَل الإمام القرطبي في تفسيره ١٤/٣٥ قول عكرمة في الآية: «الرّبا ربَوان: ربا حلال، وربا حرام؛ فأمّا الرّبا الحلال فهو الذي يُهْدَى يُلتَمَسُ ما هو أفضل منه»، ثم قال: «وعن الضّحاك في هذه الآية: هو الرّبا الحلال الذي يُهدَى لِيُثَابَ ما هو أفضل منه، لا له ولا عليه، ليس له فيه أجرٌ، وليس عليه فيه إثْمٌ»، ثم قال: «وكذلك قال ابن عبّاس: يريد هدية الرّجل الشّيء يرجو أن يثاب أفضل منه؛ فذلك الذي لا يربو عند الله، ولا يؤجر صاحبه ولكن لا إثْم عليه»، ثم قال: «وفي هذا المعنَى نزلت الآية. قال ابن عبّاس وابن جُبير وطاووس ومجاهد: هذه آيةٌ نزلت في هبة الثّواب». ثمّ قال ناقلاً عن ابن عطيّة: «وما جرى مجراها ممّا يصنعه الإنسان ليجازي عليه؛ كالسّلام وغيره، فهو وإن كان لا إثْم فيه فلا أجر فيه، ولا زيادة عند الله تعالى».

٣- حديث عائشة رضي الله عنها وفيه: كان رسول الله ﷺ يقبلُ الهديةَ ويثيب عليها. أخرجه البخاري في صحيحه ٥/٢٤٩، كتاب الهبة، باب المكافـــأة في الهبـــة، برقم: (٢٥٠٥).

قال ابن حجر في فتح الباري ٥/٢٤٩: «قوله باب المكافأة في الهبة...، والمراد بالهبة هنا المعنَى الأعمّ...»، وقوله: «ويقبل الهدية ويثيب عليها»، أي: يعطـــي الذي يهدى له بَدلَها، والمراد بالثّواب: المجازاة وأقلّه ما يساوي قيمة الهدية».

=

وسبب الخلاف: أهي بيعٌ مجهولُ الثّمن أم ليس بيعاً مجهولَ الثّمن؟

فَمَنْ رآه بيعاً مجهولَ الثّمن قال: هو من بيوع الغرر التي لا تجوز، ومَنْ لم يَرَ أنّها بيعٌ مجهولٌ، قال: يجوز. وكأنَّ مالكاً **جَعلَ العُرْفَ فيها بِمَنْزلة الشّرط**، وهو ثواب مثلها»[1]، فالقاعدة مُستنبطةٌ.

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها في كتب أهل العلم بهذه الصّيغة، وبصيغةٍ

=

٤- حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفيه أنّ أعرابيّاً أهدى لرسول الله ﷺ بَكْرَةً فَعَوَّضَهُ مِنْهَا ستَّ بَكَرات...، أخرجه التّرمذي في سننه ٦٨٦/٥، كتاب المناقب، باب مناقب في ثقيف وبني حنيفة، برقم: (٣٩٤٥)، والحاكم في المستدرك ٦٢/٢، وقال هو على شرط مسلم.
وصحّحه الألباني في: صحيح التّرمذيّ برقم: (٣٠٩١)، والجامع الصّغير برقم: (٣٨٨٢)، ومشكاة المصابيح برقم: (٣٠٢٢).

٥- بقوله ﷺ : «المسلمون على شروطهم»، تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦].

٦- ولأنّه قول عمر بن الخطاب، وعليّ بن أبي طالب، وأبي الدّرداء، وفضالة بن عبيد رضي الله عنهم.

٧- قالوا: لأنّ حكمه حكم المعاوضات، ويُرَاعَى فيه ما يُرَاعَى في البيع ولا يفارقه إلاّ في وجه واحد وهو السّكوت عن البدل فيه، وعن مقداره، أمّا ما عدا ذلك؛ فإنّه يجري مجرى سائر المعاوضات، وهي جائزةٌ وكذلك هذا.

٨- ولأنّ في فعلها مع قصد المكافآت تأثيراً في التّودّد والتّحبّب؛ فكانت في معنى نكاح التّفويض في المسامحة بترك ذكر العوض ومقداره.

أمّا استثناؤهم للنّبي ﷺ فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ﴾[المدثّر: ٦]، لما فيه من الحرص والمنّة. انظر: المراجع السّابقة.

ولعلّ هذا القول القاضي بجوازها لأمّة محمّد ﷺ أرجح القولين في نظري؛ لقوّة أدلته، ووجاهتها، والله تعالى أعلم بالصّواب.

(١) بداية المجتهد ١٦٥/٤.

أخرى مفادهما واحدٌ، أمّا بهذه الصّيغة فقد جاءت في الأشباه والنّظائر قوله: ((المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً))[١]. أمّا مفادها فمنها:

ما جاء في بدائع الصّنائع:((المعروف بالعُرْف كالمشروط بالشّرط))[٢].

وفيه أيضاً: ((المعروف كالمشروط))[٣].

وفيه: ((ما ثبت باصطلاح النّاس جاز أن يبطل باصطلاحهم))[٤].

ما جاء في الهداية: ((العرف قاضٍ على القياس))[٥].

ما جاء في الجامع الصّحيح المسند: ((باب مَنْ أجرى أَمْرَ الأَمصارِ على ما يَتَعَارَفُونَ بَيْنَهُم في البُيُوعِ والإجَارَةِ والمكيالِ والوَزْنِ، وسُنَّتِهِم على نِيَّاتِهِم ومَذَاهِبِهِم الْمَشْهُورَة))[٦].

ما جاء في الذّخيرة: ((العادة كالشّرط، بدليل النّقود في المعاملات وتعيّن الأعمال في الإجارات ونفقات الزّوجات))[٧].

ما جاء في المهذّب: ((المتعارف كالمشروط))[٨].

---

(١) أشباه ابن نجيم ص ٩٩، وانظر: الهداية ٤٨/٣، و٤٩، وشرح القواعد للزّرقا ص ٢٣٧، ق (٤٢) م (٤٣)، والمدخل لدراسة الشّريعة لزيدان ص ٨٥، وشرح المنظومة السّعدية ص ١٠٦.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٧١/٤.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٩٧/٥، وانظر: أشباه ابن نجيم ص ٩٥، ٩٩، و١٠٠.

(٤) بدائع الصّنائع ٥٠٠/٤.

(٥) الهداية للمرغيناني ٤٨/٣.

(٦) صحيح البخاري ٤٧٣/٤، وانظر: قواعد السّعدي ص ٣٥.

(٧) الذّخيرة للقرافي ٧/٦.

(٨) المهذّب للإمام أبي إسحاق الشّيرازي ١٤١/٢، وانظر هذه الصّيغة في: بدائع الصّنائع ٧٦/٤، المهذّب ١٥٢/٢، و٤١٤، والمغني ٩٤/٨.

وفيه:((العرف في هبةالأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض؛فيصيرذلك كالمشروط))[١].

ما جاء في القواعد النّورانية: ((الإذن العُرْفيّ كالإذن اللّفظيّ))[٢].

ما جاء في الإنصاف: ((الشّرط العُرْفي كالمشروط لفظاً))[٣].

وفيه: ((مَنْ به عيبٌ؛ كقطع يدٍ أو رجلٍ أو عمى أو خَرَسٍ أو طَرَشٍ، وكلّ عيبٍ يَنْفِرُ الزّوجُ الآخرُ منه، ولا يحصل به مقصودُ النّكاح مِنَ المودّة والرّحمة؛ يوجب الخيارَ، وأنّه أولى مِنَ البيع، وإنّما ينصرف الإطلاق إلى السّلامة فهو كالمشروط عُرفاً))[٤].

ما جاء في شرح القواعد الفقهية: ((المعروف بين التّجّار كالمشروط بينهم))[٥].

وفيه أيضاً: ((العُرْف يَجعَل المسكوت كالمشروط))[٦]، و((التّعيين بالعُرْف كالتّعيين بالنّصّ))[٧].

شرح مفردات القاعدة:

---

(١) المهذّب للشّيرازي ٥٣٩/٢.

(٢) القواعد النّورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ١٦٧، وانظر: شرح المنظومة السّعدية ص ١٠٤.

(٣) الإنصاف للمرداوي ٣٩٤/٢٠، نقله عن ابن القيم في الهدي.

(٤) الإنصاف للمرداوي ٥٠٩/٢٠-٥١٠، نقله أيضاً عن ابن القيم الهدي، وانظر: بدائع الصّنائع ٥١/٤.

(٥) شرح القواعد للزّرقا ص ٢٣٩، ق (٤٣) م (٤٤)، وانظر: شرح المنظومة السّعدية ص ١٠٦.

(٦) شرح القواعد الفقهية للزّرقا ص ٢٣٩.

(٧) شرح القواعد الفقهية للزّرقا ص ٢٤١، ق (٤٤) م (٤٥).

عرفاً، العرف لغةً مُثلَّث العين؛ فالعرْفُ يُطْلَقُ على المعرفة والعرفان، كما يطلق على الصّبر، والعَرْفُ يُطْلَقُ على الرّائحة؛ طَيِّبةً كانت أو نَتنَةً، أمّا استعماله في الرّائحة الطّيِّبة؛ فهو الأكثر، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَيُدْخِلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمْ﴾[(١)]، والعُرْفُ أيضاً يطلق على عدّة معانٍ منها: التّتابع، ومنه: عُرْفُ الدِّيك، والفرس، والدَّابة، وهو مَنْبَت الشَّعر من العنق؛ سُمِّيَ بذلك لتتابع الشَّعر[(٢)].

والعُرْف في اصطلاح الفقهاء: ما اعتاده أكثر النّاس، وساروا عليه في جميع البلدان، أو في بعضها، سواءً أكان ذلك في جميع العصور، أم في عصرٍ معيَّنٍ[(٣)].

والعرف والعادة بينهما العموم والخصوص المطلق؛ فالعادة أعمّ من العرف مطلقاً؛ حيث تطلق على العادة الجماعية (العرف) وعلى العادة الفردية؛ فَكُلُّ عرفٍ عادةٌ ولا عكس؛ فالعادة أوسع دائرةً من العرف.

علاقة القاعدة بغيرها:

هذه القاعدة تتعلّق بقاعدتين كلّيّتين إحداهما: (العادة مُحَكَّمةٌ)، والأخرى: (المؤمنون عند شروطهم).

أمّا علاقتها بالأولى فعلاقة فرعٍ لأصلٍ؛ حيث تندرج تحتها باعتبار أنّ العادة والعرف يدخل بعضها في بعضٍ؛ حيث إنّ العادة أوسع دائرةً

---

(١) سورة محمّد، الآية: ٦.

(٢) انظر: المفردات ص٣٣٤، ومختار الصّحاح ص٤٢٦-٤٢٧، والمصباح المنير ص١٥٤.

(٣) انظر: الموافقات ٢/٢١٥، والقواعد النّورانية ص١٦٣، والعرف والعمل للجيدي، ص٣٤-٣٧، ومعجم لغة الفقهاء ص٢٧٩، والعرف للدّكتور المباركي ص٣٥، وشرح المنظومة السّعدية ص١٠٤، و١٠٧.

من العرف، أمّا وجه اندراجها تحت قاعدة العادة محكّمة؛ فلأنّ العادة المطّردة الغالبة تُنَزَّل مَنْزلة الشّرط، ومن هنا قالوا: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[١].

أمّا علاقتها بالثّانية فعلاقة فرعٍ من أصله أيضاً؛ حيث إنّ الشّرط الصّحيح أصلٌ يقوم مَقَامَه غيرُهُ؛ كالاستثناء والعرف،فالشّرط إذا ورد صريحاً في عقد من العقود منصوصاً عليه وجب اعتباره والعمل به؛ لأنّه ممّا تضمّنه العقد، واتّفق عليه المتعاقدان، وقد يكون الشّرط مسكوتاً عنه غير مذكورٍ في مجلس العقد؛ لكنّه ممّا تضمّنه العقد، أو دلّ عليه العرف؛ فالعرف يقوم مقام الشّرط اللّفظي الصّحيح الصّريح في العقد؛ فيلزم الوفاء به والرّجوع إلى مقتضاه؛ لتعارف النّاس عليه، وإن لم يكن مشروطاً لفظاً عند العقد؛ فإذا تَمَّ عقد مبايعةٍ و لم يتبيّن نوع النّقد؛ فإنّه يرجع في ذلك إلى نقد البلد؛لأنّه هو المتعارفُ عليه وإنْ لم يُذكَر في العقد، ومن ذلك وجوب وفاء الْمُسْلَم فيه في مكان العقد وإن لم يشترط لفظاً بناء على الشّرط العرفي،ولذلك يشترط للعرف المراد إعماله أَنْ يكون مقارناًسابقاً دون المتأخّر، كما أنّ الشّرط يعتبر كونه مقارناً أو سابقاً للعقد[٢].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة سهلة التّركيب، واضحة المعنَى، ظاهرة المراد.

وهي قاعدةٌ مِنْ القواعد الجامعة في الفقه الإسلامي، ويدخل تحتها فروعٌ كثيرةٌ في جميع أبواب الفقه؛ من كتاب الطّهارة وحتّى كتاب الفرائض حسب التّرتيب الفقهي عند المالكية،ومِمّا لا شكّ فيه أنّ

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص٩٣-١٠١، وشرح المنظومة السّعديّة ص١٠٤، و١٠٦.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ١٠١، والمنثور ٢/١٢٠، وأشباه السّيوطي ص ١٨٦، و١٩٣.

للأعراف والعوائد سلطاناً على نفوس النّاس، وخاصّة الطّائفة المسنة الـــتي تعشق ما ألفته واستقرّت حياتُها عليه، وتنفر مِنْ كلّ جديد، وقديماً قيل: ((إنّ في نزع النّاس عن عاداهم حرجاً وعسراً))، و((الإنسان مَدنِيّ بالطّبع))، والإنسان ابن بيئته))، و((العادة طبيعةٌ ثانيةٌ))، ونحوها.

ومُقابَلَةُ المعروف عرفاً بالمشروط شرعاً، وجَعْلُ العُرْف بمنْزلة الشّرط، تدلّ على أنّ ما تعارف النّاس عليه في أمورهم ومعاملاتهم؛فإنّه يلزم الأطراف المتعاقدين الوفاء به نفياً أو إثباتاً، ما لم يَنُصَّ المتعاقدون على خلاف مقتضى المعروف، وأنّ شأن ذلك شأن الشّروط الجعلية الصّحيحة بين المتعاقــدين، وقد أُجْرِيَ العُرْفُ مُجْرَى النّطق في أكثر من مائة موضع[١].

وبذلك تكون أهمية هذه القاعدة تقرب من سابقتها مــن حيــث احتياج النّاس إليها في تصرّفاهم اليومية، لتحقيق غرضهم إثباتاً أو نفيــاً؛ وهي من دعائم الفتوى ومِنْ أوّليّات ما ينظر فيه المفتِي في أمور يُعْتَبَرُ فيها العرفُ، ولا يستغنِي عنها القاضي في فصل الخصــومات؛ لأنّ مقــاطع الحقوق عند الشّروط والمعروف عرفاً مثله، وإن لم يلفظ به عند العقد؛ إذ قد يثبت بالشّرط ما لا يَثبت بإطلاق العقد، وكذلك المعروف عرفاً، وهي لأرباب الأموال ورجال الأعمال في تجاراهم وشركاهم كفيلةٌ ومخرجٌ كلّ حسب عرفه وعادته.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لا خلاف في الجملة بين أهل العلم قاطبةً في معنَى هذه القاعــدة، كما يظهر ذلك جليّاً في النّصوص المنقولة كنماذج من أئمــة المــذاهب الفقهية في فقرة توثيق القاعدة، وكما سبق أيضاً؛ أنّ هذه القاعدة تندرج

---

(١) انظر: إعلام الموقّعين ص ٥٨٨-٥٨٩.

تحت القاعدة الكبرى: (العادّة مُحَكَّمةٌ)،وكذلك القاعدة السّابقة (المؤمنون عند شروطهم) برقم: (٣٦).

من أدلّة القاعدة:

بِما أنّ هذه القاعدة تَندرج تحت القاعدة الكبرى (العادة مُحَكَّمة)؛ فإنّه يصحّ أن يستدلّ بأدلّة تلك القاعدة، وقد ذهب أهل العلم إلى أنّ العرف دليلٌ شرعِيٌّ، وأصلٌ تُبْنَى عليه الأحكام الشّرعية الّتي لم يرد في الشّرع تحديده، واستدلّوا على ذلك بأدلّةٍ من الكتاب والسّنة والإجماع والمعقول.

أمّا الكتاب فمنه:

١-قوله -تعالى-: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾[(١)].

فقد استدلّ به صاحب الفروق في مسألة اختلاف الزّوجين في متاع البيت؛ حيث قال: «لنا قوله تعالى﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾، فكلّ ما شهدت به العادةُ قُضِيَ به؛ لظاهر هذه الآية، إلاّ أن يكون هناك بيِّنَةٌ»[(٢)].

وتابعه في ذلك صاحب معين الحكّام؛ حيث قال: «الباب الثّامن والعشرون في القضاء بالعرف والعادة، قال الله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾، والعادة: غلبة معنًى من المعانِي، على جميع البلاد أو بعضها»[(٣)].

وجه الاستدلال منه: أنّ الله -سبحانه وتعالى- أمر نَبِيَّه بالعُرْف، وهو ما تعارفه النّاس فيما بينهم قولاً، أو عَمَلاً، واستطابته نفوسهم،

---

(١) سورة الأعراف، الآية: ١٩٩.

(٢) الفروق للقرافي ١٤٩/٣.

(٣) معين الحكّام لعلاء الدِّين الطّرابلسي ص ١٦٠.

وتقبّلته عقولهم؛ فالعمل به مقتضى الأمر، وإلاّ لم يكن للأمر به فائدة[١].

٢-قوله: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ إلى قوله: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[٢].

وقد تقدّم وجه الاستدلال منه، عند ذكر مثالٍ شاهدٍ للعُرْف الصّحيح المعتبر شرعاً.

٣-قول الله -تعالى-: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾[٣].

وجه الاستدلال منه؛ قال في أحكام القرآن: ((هذا يفيد أنّ النّفقة ليست مقدَّرةً شرعاً، وإنّما تتقدّر عادةً بحسب الحالة منَ الْمُنْفق والحالة منَ الْمُنْفَق عليه، فَتُقَدِّرَ بالاجتهاد على مَجْرَى العادة))[٤].

ثم قال: ((المسألة الرّابعة: في تقدير الإنفاق؛ قد بيّنا أنّه ليس له تقديرٌ شرعيٌّ، وإنّما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليلٌ أصوليٌّ بَنَى الله عليه الأحكامَ، وربط به الحلالَ والحرامَ، وقد أحال الله على العادة فيه في الكفّارة؛ فقال: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾[٥]))[٦].

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٣٠٣/٧، وتفسير السّعدي ص ٣١٣، والعرف للدّكتور المباركي ص ١٠٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

(٣) سورة الطّلاق، الآية: ٧.

(٤) أحكام ابن العربي ٢٨٩/٤، وانظر: شرح للنظومة السّعدية ص ١٠٤، وشرحها للعويد ص ١٩٧.

(٥) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

(٦) أحكام ابن العربي ٢٨٩/٤، وانظر: تفسير القرطبي ١٥٢/١٨-١٥٣.

٤- حديث عروة بن أبي الجعد البارقي ﷺ وفيه: أنّ النَّبيّ ﷺ أَعْطَاهُ دِيناراً يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، فَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالبَرَكَةِ فِي بَيعِهِ، وَكَانَ لَوِ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ[١].

ففي هذا الحديث تَصرَّفَ عروةُ من غير إذنٍ لفظيٍّ من الرّسول ﷺ؛ فباع واشترى، وأقبض وقبض، اعتماداً منه على الإذن العرفي الْمُنَزَّل مَنْزِلَة الإذن اللّفظيّ،وهو يدلّ دلالةً واضحةً على القاعدة[٢].

قال في إعلام الموقّعين: «وهذا -أي: كون العُرْف يجري مجرى النّطق- أكثر من أن يُحْصر، وعليه يخرج حديث عروة بن الجعد البارقي... فباع وأقبض وقبض بغير إذنٍ لفظيٍّ، اعتماداً منه على الإذن العُرْفيِّ الذي هو أقوى من اللّفظيِّ في أكثر المواضع»[٣].

٥- حديث أنس بن مالك ﷺ قال: حَجَم أبو[٤] طيبة رسولَ الله ﷺ فَأَمَرَ له بصاعٍ مِنْ تَمرٍ، وأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا مِنْ خَرَاجِهِ[٥].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيح ٧٣١/٦، كتاب خاتم النّبيِّين، برقم: (٣٥١٧).

(٢) انظر: فتح الباري ١٦٢/٥، و٧٣١/٦، وإعلام الموقّعين ص٥٨٩، والعرف للدّكتور للباركي ص١٢٢.

(٣) إعلام الموقّعين ص ٥٨٩، وانظر: شرح المنظومة السّعدية ص ١٠٤، وشرحها للعويد ص ١٩٨.

(٤) اسمه على الصّحيح نافع، وذكر الحافظ ابن عبد البرّ أنّ اسمه: دينار، ووَهَّموه في ذلك؛ لأنّ ديناراً الْحَجَّام تابعي روى عن أبي طيبة لا أنّ اسمه أبو طيبة، وقال العسكريّ: الصّحيح أنّه لا يُعرَف اسمه. وقال ابن الحذاء في رجال الموطأ أنّه عاش مائة وثلاثاً وأربعين (١٤٣) سنة.

انظر: الاستيعاب ١٧٠٠/٤، برقم: (٣٠٥٨)، وفتح الباري ٥٣٧/٤.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٨٠/٤، كتاب البيوع، باب ذكر الحجام، برقم: =

وجه الاستدلال منه؛ قال في فتح الباري: «ووجه دخوله في التّرجمة —وهي: باب مَنْ أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة...— ظاهرٌ مِنْ جهة أنّه لم يُشَارِطْهُ اعتماداً على الأجرة المتقدّمة وزاده بعد ذلك على الأجرة المذكورة على طريق الفضل».

ثم قال: «وذكر المصنّف في الباب ثلاثة أحاديث: أحدها: حديث أنس في قصّة أبي طيبة...،ووجه دخوله في التّرجمة؛كونه ﷺ لم يُشَارِطْهُ على أجرته اعتماداً على العُرْف في مثله»[1]، وهذا نصّ على مفاد القاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً).

٦–قوله ﷺ : «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالمعروف»[2].

وجه الاستدلال منه: حيث أحالها على العُرْف فيما ليس فيه تحديدٌ شرعِيٌّ[3].

قال في المنهاج: «منها –فوائده– اعتماد العُرْف في الأمور التي ليس

=

(٢٠٥٠)، وفي باب مَنْ أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم...، برقم: (٢١٥٢)، ومسلم في صحيحه ١٢٠٤/٣، كتاب المساقاة، باب حلّ أجرة الحجامة برقم: (١٥٧٧)، واللّفظ للبخاري.

(١) فتح الباري لابن حجر ٤٧٥/٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٤١٨/٩، كتاب النّفقات، باب إذا لم يُنْفِق الرَّجُلُ... برقم: (٥١٦٦)، ومسلم في صحيحه ١٣٣٨/٣، كتاب الأقضية، باب قضية هند برقم: (١٧١٤)، واللّفظ للبخاري.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ١٥٢/١٨، وشرح مسلم ٢٣٤/١٢، وفتح الباري ٤٧٥/٤، و٤١٩/٩، و٤٢٠، وإعلام الموقّعين ص ١١٣٧، وشرح المنظومة السّعدية ص ١٠٤، وشرحها للعويد ص ١٩٨.

فيها تحديدٌ شرعيٌّ))[١].

جاء في فتح الباري: ((والمراد بالمعروف القدر الذي عُرِفَ بالعادة أنّه الكفاية))[٢].

٧- حديث عائشة -رضي الله عنها- في قوله تعالى: ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٣]، أُنْزِلَت في والي اليتيم الذي يقيم عليه ويصلح في ماله: إنْ كان فقيراً أكل منه بالمعروف[٤].

وجه الاستدلال منه، قال في فتح الباري: ((والمراد منه في التّرجمة حوالة والي اليتيم في أكله مِنْ مالِه على العُرْف))[٥].

٨- أثر عبد الله بن مسعود ﷺ قال: ((ما رآه المسلمون حَسَناً فهو عند الله حَسَنٌ، وما رآه المسلمون سَيِّئاً فهو عند الله سَيِّئٌ))[٦].

---

(١) شرح مسلم ٢٣٤/١٢، وانظر: المنثور ١١٨/٢، وفتح الباري ٤٢٠/٩.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٤١٩/٩.

(٣) سورة النِّساء، الآية: ٦.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٧٤/٤، كتاب البيوع، باب مَنْ أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم... برقم: (٢١٥٤)، واللّفظ له، ومسلم في صحيحه ٢٣١٥/٤، كتاب التّفسير، برقم:(٣٠١٩).

(٥) فتح الباري لابن حجر ٤٧٥/٤، وانظر: ٩٢/٨-٩٣، وانظر: شرح مسلم ٣٥١/١٨.

(٦) هذا أثرٌ يُرْوَى مرفوعاً وموقوفاً على عبد الله بن مسعود، والصّحيح وقفه.
أخرجه بهذا اللّفظ الحاكم في المستدرك ٨٣/٣، برقم: (٤٤٦٥).
والأثر صحيح وقفه على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.
قال الحاكم في المستدرك ٨٣/٣: ((حديثٌ صحيحُ الإسناد و لم يخرجاه)).
وقال الزّيلعي في نصب الرّاية ١٣٣/٤: ((ما رآه المسلمون حَسَناً؛ فهو عند الله حَسَنٌ، قلت غريبٌ مرفوعاً، و لم أجده إلاّ موقوفاً على ابن مسعود، وله طرقٌ...))، ثم ذكر طرقه.
=

هذا الأثر عليه مدار دليل الفقهاء والأصوليّين عندما يذكرون كثيراً من المسائل منها: العرف ويقرّون حجّيّته به، كما جاء في الأشباه والنّظائر: «القاعدة السّادسة: العادّة مُحَكَّمةٌ، وأصلها قوله عليه الصّلاة والسّلام:(ما رآه المسلمون حَسَناً فهو عند الله حسنٌ)»[1].

والصّحيح أنّه موقوفٌ على ابن مسعود ولا يصحّ رَفْعُهُ، وهو أثرٌ حَسَنٌ صالحٌ للاحتجاج على تحكيم العرف وإعماله فيما لم يرد في الشّرع تحديدٌ له؛ لأنّ غاية ما يقال فيه: إنّه قول صحابيٍّ، وهو حجّةٌ فيما لا مجال للاجتهاد فيه، وهذا لا مجال للاجتهاد فيه؛ فيكون له حكم الرّفع، وكذا لم يَرِدْ نصٌّ من الشّارع ولا من الصّحابي الآخر يعارضه فيكون حجّة[2].

=

وقال ابن كثير في تحفة الطّالب ٤٥٥/١: «قوله وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حَسَنٌ، هذا مأثورٌ عن عبد الله بن مسعود بسند جيد».

وقال الهيثميّ في مجمع الزّوائد ١٧٨/١: «رواه أحمد، والبزّار، والطّبَرَاني في الكبير، ورجاله موثقون»، ونسبه لعليّ رضي الله عنه، وقال: «رواه الطبراني في الأوسط ورجاله موثقون من أهل الصحيح».

وقال ابن حجر في الدّراية في تخريج أحاديث الهداية ١٨٧/٢: «حديث ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ، لم أجده مرفوعاً، وأخرجه أحمد موقوفاً على ابن مسعود بإسناد حسنٍ، وكذلك أخرجه البزّار والطّيالسي والطّبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعودٍ، والبيهقي في كتاب الاعتقاد وأخرجه أيضا من وجه آخر عن ابن مسعود».

قال ابن نجيم في أشباهه ص ٩٣ بعد ذكره إيّاه:«قال العلائي: لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسّؤال، وإنّما هو من قول عبدالله ابن مسعودٍ رضي الله تعالى عنه موقوفاً عليه»، ومثله في أشباه السّيوطي ص ١٨٢، وانظر تخريج الدّكتور المباركي له في العرف ص١١٣-١١٩.

(١) أشباه ابن نجيم ص ٩٣.

(٢) انظر: المحلّى ٥٤٣/٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ١٩٧، والمنثور ١١٨/٢، وأشباه

=

٩-ماجاء في فتح الباري: «قوله[1]: باب مَنْ أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن، وسنّتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة...، مقصوده بهذه التّرجمة إثبات الاعتماد على العُرْف، وأنّه يُقْضَى به على ظواهر الألفاظ،ولو أنّ رجلاً وَكَّلَ رجلاً في بيع سلعة فباعها بغير النّقد الذي عَرَفَ النّاسُ لم يَجز، وكذا لو باع موزوناً أو مكيلاً بغير الكيل أو الوزن المعتاد...، والرّجوع إلى العُرْف أحدُ القواعد الخمس التي بُنِيَ عليها الفقه؛ فمنها: الرّجوع إلى العُرْف في معرفة أسباب الأحكام من الصّفات الإضافية؛ كصغر ضبة الفضة وكبرها،وغالب الكثافة في اللّحية،ونادرها،وقرب مَنْزله وبعده،وكثرة فعلٍ أو كلامٍ وقتله في الصّلاة، ومقابلاً بعوضٍ في البيع، وعيناً وَثَمَنَ مثلٍ ومهر مثلٍ وكفء نكاحٍ ومؤمنة ونفقةٍ وكسوة وسكنَى وما يليق بحال الشّخص من ذلك.

ومنها: الرّجوع إليه في المقادير؛ كالحيض والطّهر وأكثر مدّة الحمل، وسن اليأس.

ومنها: الرّجوع إليه في فعلٍ غير منضبطٍ يترتّب عليه الأحكام؛ كإحياء الموت، والإذن في الضّيافة، ودخول بيتٍ قريبٍ وتبسط مع صديقٍ، وما يُعَدُّ قبضاً وإيداعاً وهديةً وغصباً وحفظ وديعة وانتفاعاً بعارية.

ومنها: الرّجوع إليه في أمرٍ مخصّصٍ؛ كألفاظ الأيمان، وفي الوقف والوصية والتّفويض ومقادير المكاييل والموازين والنّقود وغير ذلك»[2].

=

السّيوطي ص ١٩٦، وإعلام الموقّعين ص ٩٥٠.

(١) يعني: قول الإمام البخاري.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٤/٤٧٤، وانظر: قواعد السّعدي ص ٣٥.

١٠-**أمّا الإجماع**؛ فلا خلاف بين أهل العلم حسب علمِي في اعتبار العرف فيما لم يرد فيه تحديدٌ شرعِيٌّ[1].

١١-**أمّا المعقول**؛ فلأنّ الشّريعة الإسلامية هي الشّريعة الخالدة، ومقتضى خلودها أن تكون شاملةً صالحةً، وهذا الشّمول والصّلاح يكمن في قواعدها العامّة، ومقاصدها الكلّيّة التي يندرج تحتها حكم كلّ ما وُجِدَ، وما سيُوجَدُ من الجزئيّات في كلّ عصرٍ ومصرٍ، وفي كلّ زمانٍ ومكانٍ، ومن رحمة الله أن كانت كذلك، حتّى يستطيع المفتي والقاضي بما أوتيا من فهمٍ ثاقبٍ، وبصيرةٍ نيِّرةٍ تطبيقها على جزئيّات الحوادث والوقائع مهما تغيّر الزّمن، أو اختلف المكان، والعرف من تلك القواعد التِي اعتبرها الشّريعة وأحالت عليها في كثيرٍ من الأحكام.

قال في الموافقات: «العوائد المستمرّة ضربان:

أحدهما: العوائد الشّرعية التِي أقرّها الدّليل الشّرعي أو نفاها، ومعنَى ذلك:أن يكون الشّرع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهةً أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً أو تركاً.

والضّرب الثّانِي: هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليلٌ شرعِيٌّ.

فأمّا الأوّل فثابتٌ أبداً؛ كسائر الأمور الشّرعية، كما قالوا في سلب العبد أهلية الشّهادة،وفي الأمر بإزالة النّجاسات، وطهارة التّأهّب للمناجاة، وستر العورات، والنّهي عن الطّواف بالبيت على العري، وما

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٩٤، و٩٩، والمنثور ٢/١١٨، وأشباه السّيوطي ص ١٩٦، وإعلام الموقّعين ص ١١٣٧، وقواعد السّعدي ص ٣٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٠٤-١٠٧.

أشبه ذلك من العوائد الجارية في النّاس، إمّا حسنةٌ عند الشّرع أو قبيحةٌ؛فإنّها من جملة الأمور الدّاخلة تحت أحكام الشّرع،فلا تبديل لها وإن اختلفت آراء الْمُكلَّفين فيها،فلا يصحّ أن ينقلب الحسن فيها قبيحاً، ولا القبيح حسناً...

وأمّا الثّاني فقد تكون تلك العوائد ثابتةً وقد تَتَبَّدل، ومع ذلك فهي أسبابٌ لأحكام تَترتَّب عليها...، وإذا كانت أسباباً لِمُسبّبات حُكِمَ بها الشّارع فلا إشكال في اعتبارها والبناء عليهاوالحكم على وفقها دائماً»[١].

أهمّيّة قاعدة العرف في هذا العصر:

وأهمّيّة العرف في هذا الزّمان كبيرةٌ؛ إذ صار لكلّ فنٍّ من فنون الحياة أعرافه تقوم مقام الشّروط؛ فالتّجّار لهم أعرافهم، والشّركات على شتّى أنواعها لها أعرافها، والبنوك لها أعرافها، نظام المرافعات والمحاكمات لها أعرافها وإلى غير ذلك، وهذه الأعراف يلزم المتعامِل الالتزام بها؛ لأنّها ملزِمةٌ كما أنّ الشّروط المتّفق عليها بين الطّرفين ملزِمةٌ؛ فالوقوف على هذه الأعراف ومعرفتها يعتبر شرطاً للدّخول في أيّة معاملةٍ.

تعدّد الأعراف لتعدّد الأسباب:

يرجع تعدّدُ هذه الأعراف لعدّة أسبابٍ؛ خاصّة في هذا الزّمان مع تجدّد تقنيات الأمور؛ فبالتّتبع للأعراف والعادات التي تسود في أيّ مجتمعٍ يُمكن القول بأنّ من أسبابها:

١-ضرورةٌ اجتماعيةٌ ألجأت ذلك المجتمع إلى سلوك هذا العرف أو تلك العادة؛ ليحقّق له مطلباً من مطالب حياته، ثم يتكرّر ذلك الأمر ويستمرّ حتّى يصبح عُرْفاً لا يستطيع أحدٌ أن يخالفه أو يخرج عنه.

---

(١) الموافقات للشّاطبي ٢/٢١٥-٢١٦.

٢-حاجةٌ اجتماعيةٌ ماسّةٌ يؤدِّي عدم مراعاها، أو ترك حفظها إلى وقوع النّاس في الحرج والمشّقة؛ فيكون العرف في هذه الحالة حاجيّاً، وما أكثر الحاجات في كلّ عصر؛ إذ هي تتجدّد بتجدّد العصر وتتطوّر بتطوّره، ولهذا يرى الإنسان أنّ أكثر الأعراف السّائدة في مجتمعنا المعايَش مستَنِدَةٌ إلى كونها تُلَبِّي حاجةً من حاجات المتجمع، فعُرْفُ الدّولة مُرَاعَى في نظامها، وعُرْف المواطنين على اختلافهم في المهَن والأعمال مُرَاعَى في تعاملهم مع بعضهم بعضاً، حتّى أصبحت هذه الأعراف هي الْمُحَكِّمة والسّائدة لا ينازع فيها منازِعٌ.

٣-التّقليد المحض، وهذا التّقليد يتّخذ أشكالاً متعدّدةً، وصوراً شتّى؛ فَمن ذلك: تقليد الأُمَّة لزعيمها في عَمَلٍ عَملَهُ، واستمرَّ عليه، تشبّهاً بالحكّام والأكابر، إرضاء للغرور وحبِّ العظمة في أنفسهم، أو اعتقاداً منهم بوجوب محاكاته، والسَّير على آثاره لما يتمتّع به في قلوبهم من محبَّة وإجلالٍ واحترامٍ.

٤-تغليب الأمّةً المغلوبة على أمرها لِمَنْ استعمرها أرضاً وفكراً؛ حيث تتلقّى كلّ ما لديه من أعراف وعادات وتقاليدَ، وتحرص على تطبيقها كما جاءت، بل وربّما أكثر مِنْ أهلها على أنّها الأولَى بالاتّباع، والجديرة بالبقاء والتّفضيل، وقد شمل ذلك جميع شؤون الحياة أخلاقيةً واجتماعيةً وغيرهما، والغالب في أوّل الأمر أنّه محاولةٌ فرديةٌ ثم يستمرّ الأمر حتّى يصبح عُرْفاً.

٥-البدع والتّحريف في الدِّين بما لم يُنَزِّل بها الله من سلطان، اتّباعاً في ذلك للجهّال بالدِّين،والمجتمع الإسلامي زاخرٌ بالأعراف المسبّبة عن ذلك؛ كعيد الهجرة،والمولد النّبوي، وكذا الأعياد التي يُسَمُّونها بالأعياد الوطنية، ويوم العمّال إلى غير ذلك.

وهذه الأسباب تختلف من مصرٍ لآخر، ومِنْ عصرٍ لآخر، متأثّرةٌ بظروفها الزّمانية والمكانية، ولذلك نجدُ أنّ ما هو معتادٌ في بلدةٍ يختلف عمّا هو معتادٌ في أخرى، سواء كان عرفاً قوليّاً أم فعليّاً، وهذا الاختلاف قد يكون راجعاً إلى أمرٍ طَبَعِيٍّ كالاختلاف في المناخ حرارةً وبرودةً، الذي يؤثّر في بروز بعض الصِّفات وإخفائها؛ فالْحَرُّ مثلاً يؤدّي إلى سرعة الانفعال،والتّسرّع في الأمور،كما يؤدِّي إلى إسراف الحيض في النِّساء وذلك بخلاف البرد.

كما قد يكون راجعاً إلى التّقاليد الموروثة عن الآباء والأجداد؛ فيحافظ عليها الأبناء والأحفاد مِنْ بعدهم، ولهذا وجب على المفتِي والقاضي النّظر في العرف وسببه، فما كان صحيحاً لا يتعارض مع النّصوص الشّرعية أقرّه ورتّب الحكم على وفقه، وما كان غير صحيحٍ أنكره، ورتّب الفتوى أو الحكم على الوجه المشروع[1].

تقسيم العرف والعادة إلى صحيحٍ وفاسد[2]:

ممّا سبق، يلاحظ أنّ بعض الأعرافً والعوائد سببها تقاليدُ وأسبابٌ صحيحةٌ، ومنها عكس ذلك، لذا يمكن القول بانقسام الأعراف والعوائد إلى صحيحة وفاسدة.

العرف الصَّحيح:

هو: ما تعارفه أكثرية النّاس من قولٍ أو فعلٍ، وشهد له دليل الشّرع بالاعتبار، أو لم يشهد له نفياً أو إثباتاً، لكنه لم يفوِّت مصلحةً، و لم يجلب مفسدةً.

---

(١) انظر: الموافقات ٢/٢١١-٢٢١، والعرف للدّكتور المباركي ص ٥٥.

(٢) انظر: الموافقات ٢/٢١٥-٢١٧، والقواعد النّورانية ص ١٦٢، وشرح المنظومة السّعدية ص ١٠٤.

أو هو: ما استقرّ في النّفوس من جهة العقول، وتلقّته الطّباع السّليمة بالقبول، بشرط أن لا يخالف نصّاً شرعيّاً[١].

مثال ما شهد له الشّرع بالاعتبار: إرجاع النّفقة والكسوة للوالدة إلى قدر حال الرّجل مِنْ يسار وإعسار؛ حيث قيّده الله -سبحانه وتعالى- بالمعروف في قوله: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ إلى قوله: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[٢].

قال في أحكام القرآن: «المسألة الخامس قوله تعالى: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾، يعني: على قدر حال الأب من السّعة والضّيق، كما قال تعالى في سورة الطّلاق: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾[٣]، ومِن هذه النّكتة أخذ علماؤنا جواز إجارة الظّئر[٤] بالنّفقة والكسوة...، وهو عند مالك والشّافعي أصلٌ في الارتضاع، وفي كلّ عملٍ، وحُملَ على العرف والعادة في مثل ذلك العمل، ولولا أنّه معروفٌ ما أدخله الله تعالى في المعروف»[٥].

---

(١) انظر: العرف والعمل ص ٣٤-٣٧، والعرف للدّكتور المباركي ص ٦٥.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

(٣) سورة الطّلاق، الآية: ٧.

(٤) الظّئر: النّاقة تعطف على ولد غيرها، ومنه قيل للمرأة الأجنبية تَحضُن ولد غيرها، وللرّجل الحاضن: ظئر أيضاً، والجمع: أظآر، مثل: حَمْل وأحمال، وربّما جمعت المرأة على: ظُئار، والمراد هنا: مرضعة لولد غيرها بالأجرة أو لغيرها.
انظر: المصباح المنير ص ١٤٧، والمغني ٧٣/٨، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٣/٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٦٦.

(٥) أحكام ابن العربي ٢٧٤/١.

وقال في موضعٍ آخر: ((هذا يفيد أنّ النّفقة ليست مقدّرةً شرعاً، وإنّما تتقدّر عادةً بحسب الحالة مِنَ الْمُنْفِق والحالة مِنَ الْمُنْفَق عليه، فَتُقدَّر بالاجتهاد على مجرى العادة))[١].

ثم قال: ((المسألة الرّابعة: في تقدير الإنفاق؛ قد بيّنا أنّه ليس له تقديرٌ شرعيٌّ، وإنّما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليلٌ أصوليٌّ بَنى الله عليه الأحكامَ، وربط به الحلالَ والحرامَ؛ وقد أحاله الله على العادة فيه في الكفّارة؛ فقال: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ﴾[٢]))[٣].

العرف الفاسد:

وهو: ما يتعارفه النّاس كلّهم أو بعضهم مِمّا يخالف الشّرع، أو يَجلب ضرراً، أو يفوّت نفعاً[٤].

الأمثلة على هذا النّوع كثيرةٌ، فإنّ كثيراً من مجتمعنا الإسلامي اليوم غارقٌ في الأعراف الفاسدة،والعادات الممقوتة بسبب بعدهم عن دِينهم إلاّ مَنْ عصمه الله بالتّوحيد.

فمَن تلك الأعراف: المعاملات الرّبوية المنتشرة في أنحاء العالم، وبخاصّة المعاملات البنكية الرّبوية المسمّى كذباً وميناً بصناديق التّوفير.

ومنها: ما تعارف عليه النّاس من عقود التّأمينات المبنية على الجهالة والغرر، فهذه ونحوها أعرافٌ فاسدةٌ ما أنزل الله بها من سلطانٍ، بل

---

(١) أحكام ابن العربي ٢٨٩/٤، وانظر: بدائع الصّنائع ٦٠٤/٢.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

(٣) أحكام ابن العربي ٢٨٩/٤، وانظر: تفسير السّعدي ص ٨٧١.

(٤) العرف للدّكتور المباركي ص ٦٧.

شهدت الأدلّة الشّرعية الصّحيحة ببطلانها وعدم شرعيتها.

والذي يدخل في موضوع القاعدة من هذين النّوعين هو العرف الصّحيح، فهو الذي يُنَزَّل مَنْزلة الشّرط اللّفظي في عقود المعاملات، ويلزم الوفاء به إثباتاً أو نفياً.

تقسيم العرف إلى قوليٍّ وعمليٍّ[1]:

الأعراف إمّا أن تكون قولِيّةً أو عملِيّةً،وهما أيضاً إمّا عامّة أو خاصّة، ولكلّ واحد من القسمين أقسامه.

التّقسيم الأوّل: العرف القوليّ فهو: تعارف جماعةٍ على إطلاق لفظٍ على معنًى ليس موضوعاً له؛ بحيث يتبادر إلى الذّهن عند سماعه من غير قرينة، ولا علاقة عقلية[2].

وهو أيضاً ينقسم باعتبارين: أوّلهما باعتبار ذاته، والثّاني: باعتبار مصدره.

الاعتبار الأوّل: أمّا من حيث ذاته فينقسم إلى نوعَين: عرفٌ قوليٌّ في المفردات، وعرفٌ قوليٌّ في المركبّات.

أمّا العرف القولي في المفردات، فهو ما يقابل الجمل؛ فالأمثلة عليه كثيرةٌ منها:

لفظ (ولد)؛ فإنّه يطلق في اللّغة على الذّكر والأنثى من الأولاد، إلاّ أنّه في العُرْف قد خُصَّ بالذَّكَر دون الأنثى، وهو عُرْفٌ سائدٌ الآن في أكثر

(١) انظر: قواعد الأحكام ١٣٣/٢، والفروق ٧٦/١، و١٧١-١٧٨، والذّخيرة ٢٧/٤، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٠٩، ونشر الورود ص ١٤٣-١٤٦، والمنثور ١٢٠/٢، والقواعد النّورانية ص ١٦٢.

(٢) انظر: نشر الورود ص ١٤٤، والعرف للدّكتور المباركي ص ٦٩.

الدّول العربية؛حتّى إنّه لا يَعْرِفُ الأصلَ اللّغويَّ إلاّ الطّبقةُ المتعلّمـــةُ،فيجب على القاضي والمفتي أن يراعيا ذلك في أحكامهما وفتاويهما.

أمّا العرف القولي في المركّبات أعني: الجمل؛ فله أمثلةٌ كثيرةٌ أيضاً منها:

قول الحالف: «والله لا أضع قدمِي في دار فلان»، أو «لا تطأ قدمه دار فلان»؛ فإنّه في العرف يطلق على عدم الدّخول مطلقاً[١].

الاعتبار الثّاني: أمّا تقسيم العرف القولي من حيث مصدره فعلى قسمين أيضاً: عرفٌ شرعِيٌّ، والثّانِي: عرفٌ استعمالِيٌّ.

أمّا العرف الشّرعِي فهو: ما عرفت فيه التّسمية الخاصّة مـــن قبـــل الشّرع؛ كالصّلاة والصّوم والزّكاة؛ إذ الصّوم في اللّغـــة كـــلّ إمســـاك، والزّكاة في اللّغة الطّهارة والنّماء، والصّلاة في اللّغة الدّعاء[٢].

وفي ذلك يقول صاحب المراقي[٣]:

منها التي للشّرع عَزْوها عُقِلْ ... مرتجل منها ومنها منتقل

والْخُلْفُ في الجواز والوقوع ... لها مِنَ الْمأثور والْمسموعِ

وما أفاد لاسمه النَّبِيُّ ... لا الوضعُ مطلقاً هو الشّرعِيُّ

ورُبّما أُطْلِقَ في الْمأذون ... كالشُّرْبِ والعِشَاءِ والعيدين

وأمّا العرف الاستعمالِي، فهو أيضاً على نوعَين:

أحدهما: أن يكون الاسم في الأصل اللّغوي وُضِعَ لِمَعْنًى عامٍ، ثم يخصّصه

---

(١) انظر: العرف للدّكتور المباركي ص ٧٢.

(٢) انظر: الموافقات ٢/٢١٢-٢١٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٠٩، ونثر الورود ص ١٤٣.

(٣) مراقي السّعود للعلوِيّ ص ١٤٣-١٤٦.

عرف الاستعمال ببعض مُسمَّياته الوضعية؛ كتخصيص اسم الدّابة بذات الأربع، مع أنّ الوضع لكلّ ما يَدُبُّ على الأرض.

والثّاني: أن يشيع استعمال الاسم في معناه المجازي حتّى يكون هو المتبادر إلى الذّهن عند الإطلاق من غير قرينة، مع هجر معناه الموضوع له أصلاً؛ كالغائط؛ فإنّه في أصل اللّغة للمطمئن من الأرض، ولكنّه في عرف الاستعمال: للخارج المستقذر من الإنسان[1].

التّقسيم الثّاني:العرف العمليّ، وهو: ما جرى عليه عمل أكثر النّاس في جميع البلدان أو في بعضها، من أمثلته: بيع المعاطاة، قال في الفروق: ((وهي: الأفعال دون شيءٍ من الأقوال، وزاد -أي: الإمام مالك- على ذلك حتّى قال: كلّ ما عدّه النّاسُ بيعاً فهو بيع))[2].

التّقسيم الثّالث: انقسام العرف إلى عُرْفٍ عامٍ أو خاصٍ:

أمّا العرف العامّ فهو: ما تعارفه أكثر النّاس في جميع البلدان[3].

من أمثلته: قول الحالف: ((والله لا أضع قدمي في دار فلان))، أو ((لا أشرب لفلانٍ الماءَ من العطش))، فإنّ هذا القَسَم في العرف العام يقصد به قطع كلّ ما فيه منّةٌ، فيحنث بأيّ صورةٍ دخل فيها ماشياً أو راكباً، وبكلّ ما فيه منّةٌ من المأكول والمشروب حسب مقتضى العرف العام.

وأمّا العرف الخاصّ؛ فهو: ما اعتاده أكثر النّاس في بعض البلدان[4].

---

(١) انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٢١٠، والعرف للدّكتور المباركي ص ٧٥.

(٢) الفروق للقرافي ١٤٣/٣، ق [١٥٧].

(٣) انظر: الموافقات ٢٢٦/٢، وقواعد الأحكام ١٢٦/٢، والعرف للدّكتور المباركي ص ٨١، و٨٢.

(٤) انظر: المصادر السّابقة.

من أمثلته: ما جرى عليه عرف في السّعوديّة؛ أنّ المستأجر لمدّة سنة يدفع نصف الأجرة مقدّماً،ويدفع النّصف الثّاني بعد مضيّ ستة أشهر،وأنّ قيمةاستهلاك الماء والكهرباء على المستأجر ما لم يصرّح بخلاف ذلك[١]، فإذا تمّ العقد بين المتعاقدين لزم الوفاء بذلك وإن لم يُذكَر نصّاً في العقد ولا بعكسه؛ لأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

شروط اعتبار العرف[٢]:

وبما أنّ الشّروط والضّوابط للشّروط التي يلزم الوفاء بها قد سبقت في حينها،بقي ذكر شروط العادة والعرف الذي يجوز إعماله وتحكيمه شرعاً؛ إذ العرف لا يكون معتبراً ولا صحيحاً تُبْنَى عليه الأحكام، وتكون بِمَنْزلة الشّرط اللّفظيّ إلاّ إذا توفّرت فيه الشّروط التي ذكرها العلماء ومنها:

١-الاطّراد والغلبة.

٢-عدم مخالفته لنصٍّ شرعيٍّ.

٣-عدم معارضة العرف بتصريحٍ يخالفه.

٤-قدَمُ العرف المراد تحكيمه.

الشّرط الأوّل: الاطّراد والغلبة:

يُشترط في العرف أن يكون مُطَّرِداً في جميع الحالات، أو غالباً فيها؛ بحيث لا يختلف إلاّ قليلاً، وهذا التّخلّف لا يقدح في العمل بالعرف؛ لأنّ

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ١٨٦/٢، والعرف للدّكتور المباركي ص ٨٣.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٩٤-٩٥، والموافقات ٢١٢/٢ فما بعدها، وقواعد الأحكام ١٣٩/٢، وأشباه السّيوطي ص ١٨٥، والقواعد النّورانية ص ١٦٢، والعرف والعمل ص ١٠٥، وشرح قواعد الفقه للزّرقا ص ٢٣٧، والعرف للدّكتور المباركي ص ٨٩، وشرح المنظومة السّعدية ص ١٠٥.

العبرة بالغالب الشّائع لا بالقليل النّادر، سواء أكان ذلك العرف العام في جميع الدّيار الإسلامية، أو العرف الخاصّ ببعضها، وسواء أكان العـــرف قوليًا أم عَمَلِيًا.

في ذلك يقول في الموافقات: «فصل: وإذا كانت العوائـــد معتـــبرةً شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها، ما بقيت عادّةً على الجملة»[١].

العرف المشترك:

ويخرج بشرط الاطّراد والغلبة العرفُ المشتركُ، وهو الذي يكـــون العمل به، والتّرك له على حدّ سواء؛ فإنّ عمل النّاس به من جهة، يناقضه تركهم له من جهةٍ أخرى، فهذا عُرْفٌ لا يصلح جعله دليلاً يرجع إليه في إثبات الأحكام أو نفيها، كما لا يصحّ جعله قرينةً تبيِّن مراد الإنسان في تصرّفاته؛ لأنّه لو اعتُبرَ والحال أنّه مشتركٌ يكون فيه ترجيحُ أحد العرفين على الآخر بدون مُرَجِّحٍ، وهو مُمتَنِعٌ، ولا سبيل للخروج من ذلـــك إلاّ باطراده وعدم الالتفات إليه[٢].

جاء في مجموعة الرّسائل: «التّعامل العام يشمل: العام مطلقاً في جميع البلاد،والعام في بلدةٍ واحدة؛ فكلٌّ منها لا يكون عاماً تُبْنَى عليه الأحكام، حتّى يكون شائعاً مستفيضاً بين أهله، أما لو كان مشتركاً فلا يُبْنَى عليه الحكم؛ للتّردّد في أنّ المتكلِّم قصد هذا المعنَى أو المعنَى الآخر، فلا يتعـــيّن أحد المعنَيَين لتعارضهما بتحقّق الاشتراك، والعرف المشـــترك لا يصـــحّ الرّجوع إليه؛ فإنّ الاشتراك يقتضي تساوي المعنَيَين»[٣].

---

(١) الموافقات للإمام الشّاطبي ٢/٢١٩.

(٢) العرف للدّكتور المباركي ص ٩١، والشّروط في النّكاح ص ٥١.

(٣) مجموعة الرّسائل للإمام ابن عابدين ٢/١٣٤، نقلاً عن العرف للدّكتور المباركي ص ٩٢.

ويجدر التّنبيه هنا إلى أنّ الاطّراد أو الغلبة ليس معناهما ما هو مُسَطَّرٌ في كتب الفقهاء مِنْ ذكر عاداتهم وأعرافهم التي كانت مشهورةً في زمنهم، والتي بنوا عليها الأحكام، بل معناهما: اطّرادُ أو غلبة العوائد الْمُتَجَدِّدة في كلّ عصرٍ ومصرٍ، وفي كلّ زمانٍ ومكانٍ، وأنّ تجدّد العوائد والأعراف يلزم منه تغيّر الأحكام التي مبناها تلك الأعراف والعوائد.

قال في الإحكام: السّؤال التّاسع والثّلاثون: ما الصّحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشّافعي ومالك وغيرهما المرتّبة على العوائد والعرف كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام، فهل إذا تغيّرت تلك العوائد، وصارت العوائد تدلّ على ضدّ ما كانت تدلّ عليه أوّلاً، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء، ويُفتَى بما تقتضيه العوائد الْمُتَجَدِّدة، أو يقال: نحن مقلّدون وما لنا إحداث شرعٍ لعدم أهليتنا للاجتهاد؛ فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟

فالجواب: أنّ إجراء الأحكام التي مَدْرَكُهَا العوائدُ مع تغيُّر تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالةٌ في الدِّين، بل كلّ ما هو في الشّريعة يَتْبَعُ العوائد؛ يتغَيَّرُ الحكم فيه عند تغيُّر العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجدِّدة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلّدين حتّى يشترط فيه أهليّة الاجتهاد، بل هذه قاعدةٌ اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد، ألا ترى أنّهم أجمعوا على أنّ المعاملات إذا أُطْلِقَ فيها الثّمنُ، يُحْمَلُ على غالب النّقود، فإذا كانت العادة نقداً مُعيَّناً حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيّنا ما انتقلت العادة إليه، وألغينا الأوّل، لانتقال العادة عنه، وكذلك الإطلاق في الوصايا والأيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد، إذا تغيَّرت العادةُ تغيَّرت

الأحكام في تلك الأبواب.

وكذلك الدّعاوى إذا كان القولُ قولَ مَنِ ادَّعى شيئاً؛ لأنّه العادة، ثم تغيّرت العادّة لم يبق القولُ قولُ مُدَّعيه، بل انعكس الحال فيه، بل ولا يشترط تغيّر العادة.

بل لو خرجنا نحن مِنْ ذلك البلد إلى بلدٍ آخر عَوَائِدُهُم على خلاف عادة البلد الذي كنّا فيه، أفتيناهم بعادة بلدهم، و لم نعتبر عادة البلد الذي كنّا فيه، وكذلك: إذا قدم علينا أحدٌ مِنْ بلد عادَتُهُ مضادةٌ للبلد الـــذي نحن فيه، لم نفته إلاّ بعادة بلده دون عادة بلدنا[(١)].

الشّرط الثّاني: عدمُ مُخَالَفَةِ العُرْفِ لنصٍّ شرعِيٍّ: هـــذا الشّـــرط لــــه حالتان:

الحالة الأولى: أن يخالف العُرْفُ النَّصَّ الشّرعِيَّ من جميع الوجوه؛ بحيـــث يلزم من العمل بالعُرْف تركُ النَّصِّ الشّرعِيِّ، ففي هذه الحالة يُـــرَدُّ العُرْفُ، ويحكم ببطلانه؛ كما لو تعارف النّاسُ على استحلال الرّبا، وشرب الخمور،ولعب الميسر؛ لأنّ العبرة بالفطرة السّليمة الـــتي لم يعارضها ما يغيّرها.

الحالة الثّانية:أن تكون المخالفة في بعض الوجوه دون بعضٍ،بـــأن كـــان النّصُّ عاماً، أومطلقاً، وخالفهما العرف في فردٍ من الأفراد؛ فالعُرْف والحالة هذه يُخَصِّص العام، ويقيِّد المطلق، والمخصِّص والمقيِّـــد في

---

(١) انظر: الإحكام في تَمييز الفتاوى للقرافي ص١١١-١١٢،السّـــؤال(٣٩)،وانظـــر: بدائع الصّنائع٤/٥٧٤، الفروق ١/٤٥-٤٦، و١٧٦-١٧٧، وإعلام الموقّعين ص ٥٩٨، العرف للدّكتور المباركي ص ٩١.

الحقيقة هو الإجماع الذي استند عليه العرف[1].

الشّرط الثّالث: عدم معارضة العُرْف بتصريحٍ يخالفه:

هذا الشّرط هو وجه العلاقة بين القاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) والقاعدة (العادة مُحَكَّمةٌ)؛ ذلك: أنّ القاعدة العرفية الأساسية في المعاملات أنّه مَتَى تَمَّ التّعاقُد بين شخصين مع سكوتهما عن العُرْف القائم في مثل هذه المعاملة؛حيث لم يتعرّضا له بنَفيٍ ولا إثبات؛ فإنّه يُطَبَّقُ في حقّهما ويلزم كلّ واحدٍ منهما مقتضى العُرْف كما يلزمهما مقتضى الشّرط اللّفظي، وهذا الإلزام بالعُرف في هذه الحالة إنّما هو من باب الدّلالة، فإذا صرّح المتعاقدان بخلاف هذا العرف، بطلت هذه الدّلالة؛ لأنّه لا عبرة بالدّلالة في مقابلة التّصريح[2].

قال في قواعد الأحكام: «فائدة: كلّ ما يثبت في العُرْف إذا صَرَّحَ الْمُتَعَاقِدَان بخلافه بما يُوَافق مقصود العقد صَحَّ»[3].

الشّرط الرّابع: قِدَمُ العُرْفِ المرادُ تَحكيمُهُ أو إعمالُهُ:

لِكي يصحّ تحكيم العُرْف في مسألة من المسائل لا بدّ أن يكون ذلك العُرْف سائداً حالَةَ إبرام أيّ تصرُّفٍ من التّصرّفات، أو معاملةٍ من المعاملات، سواء كان بطريق القول، أم بطريق العمل؛ لأنّ في عدم ذِكْرٍ للأمور العُرْفية إحالةً في المعنَى على ذلك العُرْف، ولا تُتَصَوَّر الإحالة على

---

(١) انظر: الفروق ٧٦/١، و١٧٥، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٦٣، والعرف للدّكتور المباركي ص ٩٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧١/٤، والعرف للدّكتور المباركي ص ١٠١.

(٣) قواعد الأحكام لعزّ الدّين عبد السّلام ١٨٦/٢.

شيءٍ غير موجودٍ، وبالتّالي لا يلزم العاقدين الوفاء بشيءٍ غير موجودٍ حالة إنشائهما للتّصرّف أو العقد.

وفي ذلك يقول في الموافقات: «... فلو كانت العادةُ غيرَ معلومة لَمَا حَصَلَ العلمُ بصدقه -الدِّين والنَّبيّ- اضطراراً؛ لأنّ وقوع مثل ذلك الخارق لم يكن يدّعى بدون اقتران الدّعوة والتّحدِّي، لكن العلم حاصلٌ؛ فدلّ على أنّ ما انبنَى عليه العلم معلومٌ»[1].

وفيه: المسألة السّادسة عشرة: العوائد أيضاً ضربان بالنّسبة إلى وقوعها في الوجود:

أحدهما: العوائد العامّة التي لا تختلف بِحسب الأعصار والأمصار والأحوال؛ كالأكل والشّرب والفرح والحزن والنّوم واليقظة والميل إلى الملائم والنّفور عن المنافر، وتناول الطّيّبات والمستلذات، واجتناب المؤلمات والخبائث وما أشبه ذلك، فيقضى به على أهل الأعصار الخالية، والقرون الماضية؛ للقطع بأنّ مجاري سنة الله تعالى في خلقه على هذا السّبيل، وعلى سننه لا تختلف عموماً؛ فيكون ما جرى منها في الزّمان الحاضر محكوماً به على الزّمان الماضي والمستقبل مطلقاً؛ كانت العادة وجوديّةً أو شرعيّةً.

والثّاني: العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال؛ كهيئات اللّباس والمسكن، واللّين في الشّدّة، والشّدّة فيه، والبطء والسّرعة في الأمور، والأناة والاستعجال، وما كان نحو ذلك، فلا يصحّ أن يقضى به على مَنْ تقدّم ألبتة، حتّى يقوم دليلٌ على الموافقة من خارجٍ؛ فإذ ذاك يكون

---

(١) الموافقات للإمام الشّاطبي ٢/٢١٣-٢١٤، و٢١٥.

قضاء على ما مضى بذلك الدّليل، لا بِمجرّد العادة، وكذلك في المستقبل، ويستوي في ذلك أيضاً العادة الوجوديّة والشّرعيّة[١].

ثبوت العادة:

العادة هي ما يفعله الشّخص أو بعض النّاس على حكم العقل مرّة بعد مرّةٍ من غير تكلّف، فإذا عمَّت العادة صارت عرفاً، وجمعها: عادات، وعوائد.

وعلى هذا؛ فإنّه ليس من العادة ما استمرّ عليه النّاس تطبيقاً لنصٍّ شرعيٍّ[٢].

أتثبت العادة بِمرةٍ واحدةٍ أم لا بدّ من استمرارها؟

من الفقهاء مَن قال تثبت بِمرّةٍ واحدةٍ وهو مذهب المالكية، والأصح من مذهب الشّافعية، وبه قال أبو يوسف صاحب أبي حنيفة. ومنهم مَن قال: لا تثبت بِمرّةٍ واحدة، وهو مذهب الحنابلة. ومنهم مَن قال: تثبت العادة بمرَّتين، وهو قول أبي حنيفة، ومحمّد بن الحسن، وهو وجه عند الشّافعية[٣].

ولعلّ الأقرب هو القول بعدم ثبوتها بِمرّةٍ واحدةٍ، بل لا بدّ من الاستمرار عليها؛ وهذا الذي يتّفق مع المعنَى اللّغوي للعادة، قال في المصباح المنير: «سُمِّيت بذلك؛ لأنّ صاحبَها يعاودها، أي يرجع إليها مرَّةً بعد أخرى...»[٤].

---

(١) انظر: الموافقات للإمام الشّاطبي ٢/٢٢٦-٢٢٧.

(٢) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢٦٩.

(٣) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٩٤، والذّخيرة ١/٣٨٦، والفواكه الدّواني ١/١٢٠، وروضة الطّالبين ١/١٤٥، والمغني ١/٣٩٧.

(٤) المصباح المنير ص ١٦٦، وانظر: مختار الصّحاح ص ٤٦١.

من تطبيقات القاعدة:

١-إذا تَمَّ عقد مبايعة ولم يتبيّن نوع النقد؛ فإنّه يرجع في ذلك إلى نقد البلد؛ لأنّه المتعارَف عليه، وإنْ لم يُذكَر في العقد، ومثله في الخلع وسائر عقود المعاوضات(١).

٢-إذا باع التّاجر في السّوق شيئاً بِثَمَنٍ ولم يصرِّح بحلولٍ ولا تأجيلٍ، وكان المتعارف فيما بينهم أنّ البائع يأخذ كلّ جمعة قدراً معلوماً انصرف إليه بلا بيان؛ لأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً(٢).

٣-توزيع القيمة على الأعيان المبيعة في الصّفقة الواحدة وعلى المنافع المختلفة المستحقّة بإجارة واحدة،مثاله في البيوع:إذا اشترى دارين صفقةً واحدةً بمبلغ خمسمائة وألف ريال مثلاً،وكانت إحداهما تساوي ألفين، والأخرى تساوي ألفاً، فيُجعل الألفُ ثَمَناً للدّار التي تساوي ألفين، والخمسمائة ثَمناً للدّار التي تساوي ألفاً؛لأنّ أهل العرف كما يقول في قواعد الأحكام: ((يبذلون أشرف الثّمن في أشرف الْمُثْمَن، وأرذله في أرذله،ويقابلون النّفيس بالنّفيس، والخسيس بالخسيس، وكذلك في الإجارات))(٣).

٤-المتقوَّم يُضمَن بنقد البلد، فَمَنْ أتلف على غيره شيئاً متقوَّماً؛ فإنّه يجب عليه ضمانه بالنّقد المتعارف عليه في البلد،أو مِن النّقد الغالب إن كان في البلد نقدان(٤).

---

(١) انظر: تمهيد الأسنوي ص ٣٦٦، وأشباه السّيوطيّ ص ١٨٦، والشّروط في النّكاح ص ٤٤.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٩٥.

(٣) قواعدالأحكام للعزّ عبدالسّلام ٢/١٢٩،وانظر:العرف للدّكتور المباركي ص٢١٣.

(٤) انظر: قواعد الأحكام ٢/١٤٢، والعرف للدّكتور المباركي ص ٢١٦.

٥-وجوب وفاء الْمُسْلَم فيه في مكان العقد وإن لم يشترط لفظاً بناءً على الشّرط العرفي الْمُنَزَّل مَنْزلة الشّرط اللّفظي[١].

٦-دفع الأجرة للمستأجر، هل تكون عند العقد أو عند نهاية المدّة؟ فيرجع في ذلك إلى عرف البلد[٢].

٧-مَنِ اكترى ظَهْراً في طريقِ العادةُ فيه النُّزُولُ والْمَشْيُ عند اقتراب الْمَنْزل، والْمُكترِي امرأةٌ أو ضعيفٌ، لم يلزمه النُّزُول؛ لأنّه اكتراه جَميع الطّريق، ولم تَجْرِ له العادةُ بالْمَشْي؛ فلزم حَمْلُهُ في جميع الطّريق؛ كالمتاع، وأمّا إن كان جَلْداً قويّاً فإنّه يلزمه النُّزُولُ؛ لأنّه مُتَعَارَفٌ، والْمُتَعَارَفُ كالْمَشْرُوط[٣].

٨-الوكيل يتصرّف حسب إذن مُوَكّله وبِمقتضاه نُطقاً أو عُرْفاً؛ لأنّ التّصرّف يكون بالإذن، وهذا الإذن يُعرف تارةً بالنّطق، وأخرى بالعُرْف؛ حيث إنّ العُرْف يُنَزَّل في مثل هذه الحالة مَنْزلة النّطق[٤].

٩-إذا سافر أحد الشّريكين بالمال وقد أذن له بالسّفر، أو قيل له: اعمل برأيك، أو عند إطلاق الشّركة؛ فله أن ينفق مِنْ جملة المال على نفسه في كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من رأس المال، بناء على العرف والعادة؛ لأنّ عادة التّجّار؛ الإنفاقُ من مال الشّركة، والمعروف كالمشروط[٥].

---

(١) انظر: الشّروط في النّكاح ص ٤٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٣، و٧١، وأشباه ابن نجيم ص ١٠٠، والشّروط في النّكاح ص ٤٤.

(٣) وهو وجه عند الشّافعية وروايةٌ عند الحنابلة. انظر: المهذّب ٢/٤١٤، والمغني ٨/٩٤.

(٤) انظر: المغني ٥/٩٥، والعرف للدّكتور المباركي ص ٢١٨.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٩٦-٩٧.

١٠-التّوكيل في البيع يتقيّد بثَمَن المثل، فَمَنْ وَكَّل إنساناً في بيع سلعة وكالةً مطلقةً؛ فإنّه يتقيّد بثمن المثل، وبالنّقد الغالب في البلد، وذلك تَنْزيلاً للعُرْف مَنْزلة صريح الشّرط اللّفظي؛ فكأنّه قال له: بع لِي هذه السّلعة بَثَمن مثلها، وبنقد البلد، فلو باعها بأقلّ مِنْ ثَمن مثلها، أو بنقد غير نقد البلد عُدَّ مُفرطاً،ويضمن كلّ ما يترتّب على ذلك[١].

١١- التَّوكيل في التّزويج يتقيّد بالكفء ومهر المثل، فإذا وكّل إنسانٌ الآخر في تزويج ابنته؛ فإنّه يُحمَل في العرف على تزويجها بالكفء، ومهر المثل، تبعاً لمَنْزلة والدها في الشّرف والجاه والغنَى، إعمالاً للمعروف، وتَنْزيلاً له مَنْزلة الشّرط اللّفظي، فلو زوّجها بعبد فاسق، أو بمحطوط القدر كان بذلك خارجاً عن إرادة الْمُوَكِّل؛ لأنّ أهلَ العرف يَحكمون أنّ تصرّفه هذا لا يدخل في لفظ الْمُوَكِّل[٢].

١٢- إذا وكّل إنسانٌ الآخر في إجارة داره سنة، وأجرة مثلها عشرة آلاف ريال مثلاً، فأجّرها بنصف قيمتها؛ فإنّ الإجارة لا تصحّ؛ لاختلال الشّرط تَنْزيلاً للمعروف مَنْزلة الشّرط[٣].

١٣- حمل الإجارة في السّيارات المستأجرة على السّير المتعارف والمنازل المتعارف عليها، وكذلك الإركاب المتعارف، فإذا تعدّى المستأجر المتعارف في هذه كلّها يلزمه الضّمان لمخالفته المعروف، وتَنْزيلاً له مَنْزلة المشروط لفظاً[٤].

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ١٢٦/٢، وأشباه السّيوطي ص ١٨٦، والعرف للدّكتور المباركي ص ٢١٧.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ١٢٦/٢، والعرف للدّكتور المباركي ص ٢١٧.

(٣) انظر: قواعد الأحكام ١٢٧/٢.

(٤) انظر: قواعد الأحكام ١٢٨/٢.

١٤- حمل الصّناعات على صناعة المثل المتعارف عليها في محلّها، ومصرها؛ فإذا استأجر الخيّاط للخياطة في دول الخليج مثلاً؛ فإنّه يُحمل على المتعارف، فلو خاط له الزّي الإفريقي ضمن، وكذا العكس؛ تَنْزيلاً للشّرط العرفي على الشّرط اللّفظي، وكذلك الاستئجارعلى الأبنية يُحْمَل على البناء اللائق المتعارف في مصرٍ وعصرٍ وشخصٍ[١].

١٥- المنافع المتعارف على استثنائها من الإجارةلا يدخل فيها ولو لم يذكرها المتعاقدان؛ كأوقات الصّلاة والأكل والشّرب وقضاء الحاجات واللّيل؛ فإنّه مُسْتَثْنَى من مدّة الاستئجار للخدمة بالعُرْف فَيُنَزَّل مَنْزلة استثنائها بالشّرط اللّفظي[٢].

١٦-الأجير أو المحترف يستحقّ الأجرة عرفاً، فإذا دفع ثوبه إلى خيّاطٍ أو غسّالٍ بدون عقدٍ ولا شرط، وكان الخياط والغسّال منتصبين لذلك فلهما الأجرة على ذلك عرفاً؛ لأنّ العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، أمّا إذا لم يكونا منتصبين لذلك فلا يستحقّان الأجرة إلاّ بعقد[٣].

١٧- إذا أودع إنسانٌ لآخر شيئاً، ولم يذكر الحرز الذي يريد أن تحفظ فيه؛ فإنّها تُحْفَظ في حرز مثلها على ما جرى به عرف النّاس وعادهم، فَحِرْزُ الذّهب والفضة غير حِرْزِ الحطب والثّياب،وحِرْزُ

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ١٢٧/٢.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ١٢٨/٢.

(٣) انظر: قواعد الأحكام ص ١٣٠/٢، والمغني ٤١٥/٥، والعرف للدّكتور المباركي ص ٢١٩.

المواشي غير حِرْزِ الأطعمة،وذلك تَنْزيلاً للعُرْف مَنْزلة صريح الشّرط اللّفظي؛ فكأنّه قال له:احفظ هذه الوديعة في حِرْزِ مثلها،وإن تلفت وهي في حرز مثلها لم يضمنها؛لأنّه غير مفرّط،أما لو أحرزها في دون حرز مثلها؛ فتلفت أو سرقت؛ فإنّه يضمها؛ لأنّه مفرّطٌ؛ فيضمن ما يترتّب على تفريطه[1].

١٨- إذا باع ثَمرةً قد بدا صلاحُها؛ وكان العُرْف إبقاءُها إلى أوان جدادها، والتّمكين مِنْ سَقْيِهَا بمائها؛ فإنّه يجب ذلك؛ لأنّ هذين مشروطان بالعرف، فصار كالمشروط لفظاً[2].

١٩- وكذا كلّ عقدٍ أُهْمِل لم ينصّ العاقدان فيه على شرط لفظِيٍّ؛ فإنّ الحاكم أو المفتِي يرجع في ذلك إلى عرف البلد؛ لأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

٢٠- ضرورة مراعاة الْمُفْتِي والدّاعي للعوائد والأعراف السّائدة في الأمور تَتَغَيَّر بتغيّرها، قال في بدائع الصّنائع: ((إنّ أبا حنيفة عليه الرّحمة أجاب على عادة أهل الكوفة في زمنه؛ فإنّ دورهم في زمنه كانت لا تختلف في البناء، وكانت على تقطيعٍ واحدٍ، وهيئةٍ واحدةٍ، وإنّما كانت تختلف في الصّغر والكبر، والعلم به يحصلُ برؤية الخارج، وأمّا الآن، فلا بدّ من رؤية داخل الدّار، وهو الصّحيح لاختلاف الأبنية في داخل الدّور في زمننا اختلافاً فاحشاً فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالدّاخل، والله عزّ وجلّ أعلم))[3].

---

(١) انظر:قواعد الأحكام٢/١٢٧،والمغني٦/٤٤٢،والعرف للدّكتور المباركي ص٢٢٠.
(٢) انظر: قواعد الأحكام ٢/١٢٧.
(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٥٧٤.

قال في الذّخيرة: «قاعدةٌ: كلّ حكمٍ مُرَتَّبٌ على عُرْفٍ وعـادةٍ يبطـل عند زوال تلك العادة؛ كإيجاب النّقود في المعـاملات، والحنـث بـالأمور المتعارفات، وصفات الكمال والنّقص في عيوب البياعات، تُعْتَبَرُ في ذلك كلّه العادات إجماعاً؛ فإذا تغيّرت تلك العوائد تغيّر تلك الأحكام إجماعاً»[1].

---

(١) الذّخيرة للقرافي ١٠/٥٨.

المبحث الثّالث: القاعدة الثّامنة والثّلاثون [٣٨]

[ليس كلّ الشّرطِ الفاسدِ يَعُودُ بِبُطْلان أَصْلِ العَقْدِ]

ذكرها ابن رشد في مسألة اشتراط الأجل ضمن مسائل عَقْد الكتابة[١] دليلاً للشّافعية؛ حيث قال: «وأمّا الأجل فإنّهم اتّفقوا على أنّه يجوز أن تكون مؤجَّلةً[٢]، واختلفوا في هل تَجوز حالَّةً؟ وذلك أيضاً بعد اتّفاقهم على أنّها تَجوز حالَّةً على مالٍ موجودٍ عند العبد، وهي الّتي يُسَمُّونها (قطاعة) لا كتابة[٣].

وأمّا الكتابة، فهي الّتي يشتري العبد فيها مالَهُ ونَفْسَهُ من سَيِّده بِمَالٍ يكتسبه.

فموضع الخلاف إنّما هو: هل يَجوز أن يشتري نفسه مِنْ سيِّده بِمَالٍ حالٍّ ليس هو بيده؟

فقال الشّافعي: هذا الكلام لغوٌ، وليس يلزم السَّيِّد شيءٌ منه[٤].

---

(١) الكتَابَة، هي: عقدٌ بين الرّقيق ومالكِه على مالٍ يؤدِّيه الرّقيقُ لِمَالكِه على أقساطٍ؛ فإذا أدّاها فهو حُرٌّ.
انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٣٤٥، وانظر: منتهى الإرادات ٢/٧٠.

(٢) انظر: عيون المسائل ص ١٨٩، ومختصر القدوري ص ٢٦٣، وبدائع الصّنائع ٣/٦٠٦-٦٠٧، والهداية٣/٢٥٣، والاستذكار ٦/٣٧٩، و٤٠٥-٤٠٨، والقوانين الفقهية ص ٢٥٠، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٧٦، ومختصر المزني ص ٤٣٨، والمهذّب ٢/٦١٤، والمغني ١٤/٥٥٧، والمقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف ١٩/٢٠٥-٢١١، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤٨، والمحلّى ٨/٢٥٠-٢٥٢.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

(٤) وهو المذهب عن الحنابلة، والظّاهرية، قاسوا الكتابة على السَّلم، بحيث يشترط =

وقال متأخرو أصحاب مالك: قد لَزِمَتِ الكتابة للسَّيِّد ويرفعه العبد إلى الحاكم؛ فيُنَجَّم عليه المال بحسب حال العبد، وعمدة المالكية أنّ السَّيِّدَ قد أوجب لعبده الكتابة، إلاّ أنّه اشترط فيها شرطاً يتعذّر غالباً، فصحّ العقد وبطل الشّرط[1].

وعمدة الشّافعية: أنّ **الشّرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد**؛ كَمَنْ باع جاريته واشترط ألاّ يطأها، وذلك أنّه إذا لم يكن له مالٌ حاضرٌ أدَّى إلى عجزه، وذلك ضدٌّ مقصود الكتابة، وحاصل قول المالكية يرجع إلى أنّ الكتابة مِنْ أركانها أن تكون مُنَجَّمةً، وأنّه إذا اشترط فيها ضدّ هذا

=

تأجيل العوض، وأن يكون معلوم القدر والأجل. انظر: المراجع السّابقة.

ولأنّ الكتابة مشتقّةٌ من الكَتْب وهو الضّمّ فوجب افتقارها إلى نَجمين؛ ليضمّ أحدهما إلى الآخر.

(١) وهو مذهب الحنفية، وقولٌ للحنابلة، قال في الإنصاف نقلاً عن الفائق: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد.

دليل هذا القول:

عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، [النور: ٣٣]؛ حيث لم يشترط التّنجيم، ولم يُفرِّق بين الحال والمؤجّل.

وتشهد له قصّة بريرة، وقد كَاتَبَهَا أَهْلُهَا، ثم دفعت عائشة رضي الله عنها ثمنها دفعةً واحدةً.

ولأنّ بدل الكتابة دَينٌ يجوز الاستبدال به قبل القبض؛ فلا يشترط فيه التّأجيل كسائر الدُّيون، بخلاف بدل الصّرف والسّلم.

ولأنّه عقدٌ معاوضة، والبدل معقودٌ به فأشبه الثّمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، بخلاف السّلَم؛ لأنّ الْمُسْلَم فيه معقودٌ عليه فلا بدّ من القدرة عليه.

ولأنّ مَبنَى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهراً بخلاف السّلَم؛ لأنّ مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يردّ إلى الرّقّ.

انظر: المراجع السّابقة.

الرّكن بطل الشّرط وصحّ العقد»[١]؛ فذكرها دليلاً للقول القاضي بفساد الكتابة لأجل هذا الشّرط الفاسد.

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكر مفادها في كتب أهل العلم، منها:

ما جاء في الهداية: «لو أَعْتَقَهُ المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق؛ صحّ البيع حتّى يجب عليه الثّمن عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالا[٢]: يبقى فاسداً حتّى يجب عليه القيمة؛ لأنّ البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً، كما إذا تلف بوجه آخر»[٣].

وفي المجموع: إنّ قولَ مَنْ قال: إنّ البيع لا يفسد بالشرط الفاسد بحالٍ، بل يلغو الشّرط ويصحّ البيع، قولٌ غريبٌ، وضعيفٌ[٤]، ويعني: أنّ العقدَ لا ينقلب صحيحاً.

جاء في المغني: «وإن كان -العقد- فاسداً لم يَنقلب صحيحاً، كما لو باع درهما بدرهمين، ثم حَذَف أحدهما»[٥].

ما جاء في الفروع: «لا أثر لإسقاط الفاسد بعد العقد»[٦].

من القواعد ذات العلاقة:

- فاسد كلّ عقدٍ كصحيحه في الضّمان وعدمه[٧].

---

(١) بداية المجتهد ٤/٢٥٠.

(٢) أي: الصّاحبين: أبو يوسف ومحمّد بن الحسن الشّيباني.

(٣) الهداية للمرغيناني ٣/٤٨، وانظر: ٢٠٣، وانظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٨١.

(٤) انظر: المجموع للنّووي ٩/٢٧٤.

(٥) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٦/٤٣.

(٦) كتاب الفروع لابن مفلح ٦/١٩٢.

(٧) انظر: تمهيد الأسنوي ص ٦٠، والمنثور ٢/١٤٣، و١٤٤، و١٤٦.

- المقبوض بحكم عقدٍ فاسدٍ مضمونٌ(١).
- الفاسد من العقد عند اتّصال القبض؛ كالصّحيح(٢).
- الفساد بقدر الْمُفْسد(٣).
- الفاسد –في النّكاح– كالصّحيح في نشر الْحُرمة في الأبناء والآباء(٤).

شرح مفردات القاعدة:

الفاسد، لغةً: يُقال: فَسَدَ الشَّيءُ يَفْسُد فَسَاداً، وفُسُوداً،وأَفْسَدَه غيره، وهو من باب قَعَدَ، فهو فاسد، والجمع فَسْدَى، والاسم الفساد، وهو: خروج الشّيء عن الاعتدال قليلاً كان الخروجُ عنه أو كثيراً، ويُضَادُّهُ الصَّلاحُ، ويُسْتَعْمَل ذلك في النَّفْس، والبدن، والأشياء الخارجة عن الاستقامة(٥).

والفاسد في اصطلاح الفقهاء هو ضدّ الصّحّة، وهو –الفاسد–: في العبادات:عدم الإجزاء،وعدم إسقاط القضاء والمطالبة،وكلّ عبادةٍ

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٦٠٩.
(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٦٣٣، و٦٣٤.
(٣) انظر: الهداية ٣/٥٠.
(٤) انظر: شرح زرّوق على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ص ٣٧.
(٥) والفسادُ للحيوان أسرعُ منه إلى النّبات، وإلى النّبات أسرعُ منه إلى الجماد؛ لأنّ الرّطوبة في الحيوان أكثر من الرّطوبة في النّبات، وقد يعرض للطّبيعة عارضٌ فتعجزَ الحرارةُ بسببه عن جريانها في المجاري الطّبيعية الدّافعة لعوارض العفونة؛ فتكون العفونة بالحيوان أشدَّ تشبثاً منها بالنّبات؛ فيسرع إليه الفساد، فهذه هي الحكمة التي من أجلها قال الفقهاء: ويُقدَّمُ ما يتسارع إليه الفسادُ؛ فَيُبْدَأُ أوّلاً ببيع الحيوان. انظر: المفردات ص ٣٨١، ومختار الصّحاح ص ٥٠٣، والمصباح المنير ص ١٨٠، وبدائع الصّنائع ٤/٦٢، والمهذّب ٢/١٥١.

فُعِلَتْ على وجه لَمْ يجزئ، ولَمْ يَسْقُط القضاء ولا المطالبة فهي فاسدةٌ.

وفي الْمُعَامَلات: عدم ترتّب الأمر المقصود من العقد على العقد؛ فكلّ نكاحٍ لَمْ يُفد إباحةَ التّلذّذ والاستمتاع بين الزّوجين، فهو فاسدٌ، وكلّ شراءٍ لم يُفِدْ إباحة التّصرّف في المشترى فهو فاسدٌ[١].

يعود: من العَود، وهو لغةً: الرّجوعُ إلى شيءٍ بعد الانْصَراف عنه، إمّا انصرافاً بالذّات أو بالقول والعزيمة[٢].

والمعنَى المراد هنا من هذه القاعدة يقرب من هذا المعنَى اللّغوي؛ لأنّ الشّرط الفاسد يَجعل الحاكم أو المتعاقدين يرجع إلى العقد مرّةً أخرى بعد الانصراف عنه؛ -إذ قد أبرمه العاقدان وانصرفا عنه بذاتيهما أو بالقول والعزيمة- لِيَحكم عليه بِمقتضى الشّرط الفاسد الواجد فيه. والله تعالى أعلم بالصّواب.

ببطلان، البطلان لغة: الفاسد والسّاقط حكمه، يقال: بَطَلَ الشّيءُ يَبْطُلُ بُطْلاً، وبُطُولاً، وبُطْلاناً، أي: فَسَدَ أو سَقَطَ حُكمُهُ، فهو باطلٌ، وجمعه: بواطل، وقيل: أباطيل على غير قياس، ويتعدَّى بالهمزة فيقال: أبطلته، وذهب دمُهُ بُطْلاً، أي: هدراً، وأَبْطَلَ، أي: جاء بالباطل، وبطل الأجير من العمل فهو بطال من البطالة.

والإبطال يقال في إفساد الشّيء وإزالته حَقّاً كان ذلك الشّيءُ أو باطلاً، كما في قوله -تعالى-: ﴿لِيُحِقَّ ٱلْحَقَّ وَيُبْطِلَ ٱلْبَٰطِلَ﴾[٣]، وقد يقال

---

(١) انظر: التّعريفات ص ١٦٦،، والذّخيرة ٦٨/١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥٤، ونثر الورود ص ٦٤-٦٥، وشرح مختصر الرّوضة ٤٤٥/١-٤٤٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣١٤.

(٢) انظر: المفردات ٣٥٤، والنّهاية ٣١٦/٣-٣١٧، والمصباح المنير ص ١٦٦.

(٣) سورة الأنفال، الآية: ٨.

فيمَن يقول شيئاً لا حقيقة له نحو قوله -تعالى-: ﴿وَلَئِن جِئْتَهُم بِآيَةٍ لَّيَقُولَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ أَنتُمْ إِلَّا مُبْطِلُونَ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿وَخَسِرَ هُنَالِكَ الْمُبْطِلُونَ﴾[٢]، أي: الذين يُبْطِلون الحقّ[٣].

وفي اصطلاح الفقهاء على مذهبين: مذهب مَنْ يُفرِّق بين الباطل والفاسد، ومذهب مَنْ يرى ترادفهما، وأنّهما بِمَعنًى واحد يقابل الصّحّة؛ فيقال: صحيحٌ وباطلٌ، كما يقال: صحيحٌ وفاسدٌ، والمذهبان هما:

المذهب الأوّل: مذهب الحنفية القائلين بالتّفصيل والتّفريق بين الباطل والفاسد، في العبادات وفي المعاملات، بيان ذلك:

أمّا في باب العبادات والنّكاح من العقود خاصّة فإنّ الفاسد يرادف الباطل،فهما مُتَرَدِفان.

أمّا في باب المعاملات فإنّ الفاسد يغاير الباطل ويباينه، فهما مُتَغَايِران مُتَبَاينان على النّحو التّالي:

الباطل: هو ما مُنِعَ بوصفه وأصله؛ كبيع الْخِنْزير بالدّم.

والفاسد: هو ما شُرِعَ أصلُه ومُنِعَ بوصفه؛ كبيع الدّرهم بالدّرهمين، فهو مشروعٌ بأصله، وهو بيع درهمٍ بدرهمٍ، ومَمنوعٌ بوصفه الطّارئ الذي هو الزّيادة التي سبّبت الرّبا؛ ولذا لو حُذفَ الدّرهم الزّائد عندهم صحَّ البيع في الدّرهم الباقي بالدّرهم على أصل بيع الدّرهم بالدّرهم، فالفاسد والباطل عندهم مِنْ باب الأعمّ والأخصّ؛ كالحيوان والإنسان؛ إذ كلّ باطلٍ فاسدٍ وليس كلّ فاسدٍ باطلاً.

---

(١) سورة الرّوم، الآية: ٥٨.

(٢) سورة غافر، الآية: ٧٨.

(٣) انظر: المفردات ص ٦١، ومختار الصّحاح ص ٥٦، والمصباح المنير ص ٢٠.

بناءً على هذا، كان الشّرط الجعلي التّقييديّ عندهم ثلاثيَ التّقسيم: صحيحٌ وفاسدٌ وباطلٌ[١].

المذهب الثّاني: مذهب الجمهور –المالكية والشّافعية والحنابلة– القائلين بعدم التّفريق بين الباطل والفاسد، وأنّهما مُترادفان؛ معنَاهما واحدٌ لا يختلف.

بناءً على ذلك كان الشّرط الجعلي التّقييديّ عندهم ينقسم إلى قسمين: صحيحٌ وباطلٌ، أو صحيحٌ وفاسدٌ[٢].

قال في مراقي السّعود[٣]:

وقابل الصّحّة بالبطلان وهو الفساد عند أهل الشّان

وخالف النّعمانُ فالفساد ما نَهيُهُ بالوصف يُستَفاد

والذي يترجّح في نظري هو مذهب الجمهور أنّ الباطل والفاسد بمَعنًى واحد، وأنّهما مترادفان متساويان في المعنَى، لا فرق بينهما؛ فكلّ باطلٍ فاسدٌ، وكلّ فاسد باطلٌ، وذلك لما يلي.

١–أنّ ذلك التّفريق لَمْ يسعد بنقلٍ أو عرف شرعيٍّ، ولا لغويٍّ؛ أمّا من جهة النَّقل أو العرف الشّرعي فبيان ذلك أنّ الاستعمال الشّرعي يخالف

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٢/٤، والهداية ٤٢/٣، وأنيس الفقهاء ص ٧٥، والتّعريفاتص ٤٢، و١٦٤، وأشباه ابن نجيم ص٣٣٧–٣٣٨، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥٥، ونثر الورود ص ٦٥، والمهذّب في علم أصول الفقه ص ٤١٣–٤١٨.

(٢) ولهم في ذلك استثناءات تقدّم ذكرها في ق (٣٦)، المذهب الثّاني من أقسام الشّرط الجعلي. وانظر: تنقيح الفصول ٨٦/١، وشرح تنقيح الفصول ص ١٣٨، وتمهيد الإسنوي ص ٥٩، والمنثور١٤٣/٢، وأشباه السّيوطي ص٤٧٩، وشرح مختصر الرّوضة٤٤٥/١–٤٤٦، ومذكّرة أصول الفقه ص٥٥،ونثرالورود ص٦٥، وقواعد ابن رجب ص٢١٥،ونيل الأرب ص ٢٠٨، و٢١٦.

(٣) انظر: نثر الورود ص ، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥٥.

مقتضى تفريقهم، وذلك أنّ مقتضاه أن يكون الفاسد هو الموجود على نوعٍ من الخلل، والباطل هو الذي لا تَثبت حقيقتُهُ بوجه، وهذا المقتضى يخالفه الاستعمال الشّرعيّ في قوله تعالى: ﴿لَوْكَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾[1]؛ حيث سَمَّى تعالى الشّيء الذي لا تَثبت حقيقته بوجه فاسداً خلافاً لمذهبهم، فَسَمَّى السّموات والأرض فاسدةً على تقدير الشّريك ووجوده، ودليل التّمانع يقتضي أنّ العالم على تقدير الشّريك ووجوده يَستحيل وجوده لحصول التّمانع، لا أنّه يكون موجوداً على نوعٍ من الخلل، فسمَّى اللهَ تعالى هذا الشّيء الذي لا تَثبت حقيقته فاسداً، وهم يسمّونه: باطلاً، فبطل باستعمال العرف الشّرعي.

٢-أمّا العرف اللّغوي فلم يفرِّق أيضاً بين الباطل والفاسد؛ فالإبطال يقال في إفساد شيءٍ وإزالته وإسقاطه، وكذا الإفساد[2]. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

أصل العقد، أي: مطلق العقد، لأنّه هو الذي كان حلالاً إجماعاً قبل طريان الشّرط الفاسد عليه، أمّا العقد المطلق فلَم يثبت فيه الحلّ بالإجماع، بل بعض العقود حرامٌ إجماعاً، ووجه الفرق بينهما: أنّه إذا قيل: العقد المطلق؛ فد أُدْخِلَ الألف واللام على العقد؛ فحصل بسبب ذلك العموم الشّامل لجميع أفراد العقد؛ بحيث لم يبقَ عقدٌ إلاّ دخل فيه، ثم وُصِفَ بعد ذلك بالإطلاق، بمعَنًى أنّه لم يُقيَّد بقيدٍ يوجب تخصيصه من شرطٍ أو صفةٍ أو غير ذلك من اللّواحق للعموم

---

(١) سورة الأنبياء، الآية: ٢٢.

(٢) انظر: المفردات ص ٦١، و٣٨١، والمصباح المنير ص ٢٠، و١٨٠، والتّعريفات ص ٤٢، و١٦٤، والمهذّب في علم أصول الفقه المقارن ١/٤١٣-٤١٨.

ممّا يوجب تخصيصه؛ فيبقى على عمومه، فيتحصّل أنّ العقد المطلق لم يدخله تخصيصٌ مع عمومه في نفسه.

أمّا مطلق العقد؛ فقد أشير بقيد: (مطلق) إلى القدر المشترك بين أنواع جميع العقود، وهو مُسَمَّى العقد الذي يصدق بفردٍ من أفراده، ثم أضيف المطلق المشار إليه إلى العقد؛ لِيَتَمَيَّز عن مطلقات جميع الحقائق، فإضافته للتّمييز فقط، وهو المشترك خاصّة الذي يصدق بفردٍ واحدٍ من أفراد العقد[١].

علاقة القاعدة بغيرها:

هذه القاعدة تُعَدُّ قيداً للقاعدة [المُؤمِنُون عِنْدَ شُرُوطِهِمْ برقم: ٣٦] أو استثناء منها؛ حيث مقتضى تلك لزوم الوفاء بِمَا تَمَّ اشتراطه بين الْمُتَعاقدين، وقد تقدّم في حينها أنّ عموم تلك القاعدة مخصوصٌ بالشّروط الصّحيحة، فهي التي تَحِلّ وتُعْتَبَر، والتي يلزم الوفاء بها، من باب التّعاون على البرّ والتّقوى، أمّا غير الصّحيحة والمنهي عنها فليست من الشّروط التي يلزم الوفاء بها؛ لأنّها تجعل العقد باطلاً.

وأيضاً لأنّ الشّروط الفاسدة لا يَحِلُّ الوفاء بها فلا يناسب الحثّ عليها.

الْمعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تُبَيِّن أثر الشّرط الفاسد في العقود، وأنّه يُصَيِّره فاسداً، وتُغَيِّره من الصّحّة إلى البطلان، وتخرجه من حيّز الوجود إلى العدم؛ فلا تترتّب عليها الآثار المرجوّ تَرَتُّبهَا على العقد الصّحيح، فهي إذاً قاعدةٌ

---

(١) انظر: الفروق ٢/٩٤، و١/١٢٧-١٢٨، والقواعد النّورانية ص ٢٦٥، و٢٧٢، و٢٧٩-٢٨١.

استثنائيةٌ مِنْ عموم القاعدة: (المُؤْمِنُون عَنْدَ شُرُوطِهِمْ)؛ وذلك لأنّ الشّروط الجعلية الفاسدة لا يَحِلُّ الوفاء بها فلا يناسب الحثّ عليها؛ لأنّه لا يكون من شروطهم، وهذا هو الفارق بين الشّرط الصّحيح وبين فاسده.

وعرّف ابن رشد الشّروط الفاسدة التي تُفْسِد العقد بالجملة بأنّها: (الشّروط التي هي ضدُّ شروط الصّحّة المشروعة في العقد، والشّروط الجائزة هي: التي لا تؤدِّي إلى إخلالٍ بالشّرط المصحِّحة للعقد ولا تلازمها)[1]، فالشّرط الفاسد هو المخالف لِحكم الله ورسوله.

إلاّ أنّهما يشتركان في الضّمان، حيث إنّ فاسد العقد كصحيحه في وجوب الضّمان وعدمه، وهذا يشمل ما إذا كان فساد العقد ناتجاً عن فساد الشّرط أو غيره.

ضوابط الشّروط الفاسدة أو الباطلة:

وهي على ثلاثة ضروبٍ؛ أحدها: ما لا ينعقد معه العقد أصلاً،وثانيها: ما يفسد العقد ويبطله، وثالثها:ما يبقى معه العقد والتّصرّف صحيحاً، وقد تقدّم تفصيلها بالأمثلة في القاعدة السّادسة والثّلاثين، عند فقرة ضوابط الشّروط الفاسدة أو الباطلة.

أثر الشّروط الفاسدة:

ما تقدّم هي خلاصةُ مجملِ الضّوابط التي اعتبرها الفقهاء في الجملة لفساد الشّروط في العقود، فهي في الجملة شروطٌ فاسدةٌ في نفسها عند الفقهاء، ولا يجوز الوفاء بشيءٍ منها، وهل يفسد بها العقد؟ هنا خلافٌ

---

(١) بداية المجتهد ٤/٢٦٧.

جارٍ بين الفقهاء[١].

وسبب اختلافهم ومداره ظاهر التّعارض بين نصوصٍ شرعيةٍ واردةٍ في الشّروط في العقود[٢].

وحاصل ذلك؛ أنّ الفقهاء ذهبوا في تلك الأحاديث مذهبَين: أوّلهما: مذهب التّرجيح، والآخر: مذهب الجمع، فَمَن ذهب مذهب التّرجيح من الفقهاء أخذ بِما ترجّح لديه، وترك العملَ بما عداه، فيتحصّل من ذلك أربعة مذاهب[٣].

المذهب الأوّل: أنّ جميع الشّروط في العقود صحيحةٌ جائزةٌ مطلقاً، وكذلك العقود، قال به ابن شبرمة، وهذا المذهب لا يدخل في موضوع هذه القاعدة.

وهو مذهب ترجيح حديث جابر رضي الله عنه في قصّة جمله مع النّبيّ ﷺ، وفيه: قال النّبيّ ﷺ: ((بِعْنيه بوُقيَّة)). قلت: لا. ثم قال: ((بِعْنِيه بِوُقيَّةٍ))، فَبِعْتُهُ، فاسْتَثْنَيتُ حُمْلاَنَهُ إلى أَهْلِي[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٣/٤، والمغني ٣٢٥/٦، و١٦٢/١٣، والشّرح الكبير مع الإنصاف ٣٨١/١٠، و٢٢٣/١١-٢٢٦.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٣٠٨/٣.

(٣) انظر هذه المذاهب في: بدائع الصّنائع ٥٤٨/٤، والاستذكار ٣٦٣/٦، والتّمهيد ٣٥١/١٣، و٣٥٧-٣٥٨، والمقدّمات ٦٦/٢-٦٨، وعارضة الأحوذي ٢٤٤/٥-٢٥٢، وبداية المجتهد ٣٠٨/٣-٣١٦، والقوانين الفقهية ص ١٧١-١٧٢، والتّاج والإكليل٢٤١/٦، والفواكه الدّواني ٩٧/٢، ومعالم السّنن٧٧٠/٣-٧٧٤، والمهذّب٣٩/٢-٤٢، والمجموع٢٧٢/٩،و٢٧٤،والمغني٤٣/٦-٤٤،و١٦٣-١٧١، و٣٢٢-٣٣٤، والشّرح الكبير٢١٤/١١-٢٢٩، والمحلّى٣٢٤/٧-٣٢٧.

(٤) تقدّم تخريجه في القاعدة (٣٦) من أدلّة فقهاء الأمصار، وهنا اللّفظ للبخاري.

ومن مفاده؛ حيث إنّ الواقعة اشتملت على عقدٍ وشرطٍ، وقد صحّ العقدُ والشّرطُ معاً، مع أنّ الشّرط مِمّا ينافي مقتضى العقد، وليس مِمّا تعارف النّاسُ عليه في تعاملهم؛ إذ المتعارف عليه في تعاملهم أنّ المشتري يملك المبيع كاملاً بعقدالبيع عقب إتمام العقد، ولكن فيه منفعةٌ صحيحةٌ للبائع من غير إضرارٍ بغيره، وهو مِمّا يباح فعله وتركه بدون شرطٍ فجاز مع الشّرط؛ فكلّ ما كان مِنْ هذا القبيل من الشّروط؛ فإنّه يصحّ ويصحّ معه العقد، ولأنّ كلّ مَن أخرج عيناً من ملكه بِمعاوضةٍ؛ كالبيع والخلع، أو بالتّبرّع؛ كالوقف والعتاق يجوز أن يستثْنِي بعض منافعها، بشرط كونها معلومةً فيما لا يصلح فيه الغرر؛ كالبيع[1].

والحديث اختلف فيه علماء الحديث اختلافاً من جهة المتن، وقيل فيه اضطرابٌ لا يجعله ينهض حجةً؛ فقيل: ليس فيه شرطٌ وإنّما وعدٌ، وقيل: العقد ليس بيعاً وإنّما تَبرُّعٌ كريمٌ من النّبيّ ﷺ لِجابر رضي الله عنه[2].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٨/٣، والاستذكار ٣٠٢/٥-٣٠٦، والمقدّمات ٦٧/٢، وعارضة الأحوذي٢٤٧/٥-٢٤٨،وحاشية الدّسوقي١٠٨/٣،والمهذّب٤٠/٢-٤١، والمجموع ٢٧٩/٩، والمغني ١٦٤/٦-١٦٥، و٦٢/٧، والشّرح الكبير مع الإنصاف ٢٠٨/١١، و٢٢٤، و٢٣٢، والقواعد النّورانية ص ٢٩١.

(٢) قال الخطّابي في معالم السّنن ٧٧٢/٣: «الإفقار إنّما هو في كلام العرب: إعارة الظّهر للرّكوب؛ فدلّ هذا على أنّه لم يكن عَقَدَ شرطاً في نفس البيع، وقد يَحتمل أن يكون ذلك عِدَةً منه، أي: وعداً له بالرّكوب، والعقد إذا تَجَرَّد عن الشّروط لَمْ يضرَّهُ ما يعقبه بعَد ذلك من هذه الأمور، ويشبه أن يكون إنّما رواه مَنْ رواه بلفظ الشّرط؛ لأنّه إذا وعده الإفقار والإعارة كان ذلك منه أمراً لا يُشَكُّ الوفاء فيه، فَحَلّ مَحلّ الشّروط المذكورة، والأمور الواجبة التي لا خلف فيها، فعبّر عنه بالشّرط على هذا المعنَى، على أنّ قصّة جابر إذا تأمّلتها عَلْمتَ أنّ النّبيّ ﷺ لم
=

=

يستوفَ فيها أحكام البيوع من القبض والتّسليم وغيرهما، وإنّما أراد أن ينفعه ويَهَبَ له؛ فاتّخذ بيع الجمل ذريعةً إلى ذلك، ومن أجل ذلك جرى الأمر فيها على المساهلة، ألا ترى أنّه قد دفع إليه الثّمن الذي سَمَّاه، وَرَدَّ إليه الجمل يدلّ على صحّة ذلك قوله ﷺ : ((أتَرَاني إنّما مَاكَسْتُكَ لآخذَ جَمَلَكَ؟)).

وقال الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ٣٥٢/١٣: ((كان ذلك من رسول الله ﷺ مع جابر ﷺ في غزوة ذات الرّقاع، وذلك سنة أربعٍ من الهجرة...، وذكر الحديث في شرائه منه جَمَلَه، ولم يذكر أنّه اشترط عليه فيه شيئاً، واضطراب ألفاظ النّاقلين لخبر جابر في ذلك كثيرٌ)).

وقال أيضاً في الاستذكار ٣٠٥/٦: ((وهذا حديثٌ اختُلفَ في ألفاظه اختلافاً لا تقوم معه حُجَّةٌ؛ لأنّ منها ألفاظاً تدلُّ على أنّ الخطابَ الذي جرى بين جابرٍ وبين النّبيّ ﷺ ليس فيه بيانٌ أنّ الشّرط كان في نصِّ العقد، ومنها ما يدلُّ على أنّهُ لَم يكُن بيعاً، ومنها ما يدلّ على أنّ البيع وقع على ذلك الشّرط، ومع هذا الاختلاف لا تقومُ معه حجّةٌ)).

وقال النّووي في المجموع ٢٨٠/٩: ((والجواب عن قصّة جابر من وجهين:

أحدهما: أنّه لم يكن بيعاً مقصوداً، وإنّما أراد النّبيّ ﷺ برَّهُ والإحسان إليه بالثّمن على وجه لا يستحيي من أخذه، وفي طرق الحديث دلالةٌ على هذا.

والثّاني: أنّ الشّرط لم يكن في نفس العقد، ولأنّها قضيةُ عينٍ يتطرّق إليها احتمالات ولا عموم لها، فلا دلالة فيها، مع أنّ الحديث فيه اضطرابٌ)).

وجاء من عدد من العلماء أقوالٌ مفادها ثبوت الحديث، وصحّة الاحتجاج به.

قال الإمام البخاري في صحيحه ٣٧١/٥: ((الاشتراط أكثرُ وأصحّ عندي)).

وقال ابن دقيق العيد في إحكام الأحكام ص ٧٢٥: ((وقد أشار بعض النّاس إلى أنّ اختلاف الرّواة في ألفاظ الحديث ممّا يمنع الاحتجاج به على هذا المطلب،فإنّ بعض الألفاظ صريحٌ في الاشتراط، وبعضَها لا، فيقول: إذا اختلفت الرّواياتُ، وكانت الحجةُ ببعضها دون بعضٍ، توقّف الاحتجاجُ.-قال-

فنقول: هذا صحيحٌ، لكنّ بشرط تكافئ الرّوايات أو تقاربها. أمّا إذا كان التّرجيحُ واقعاً لبعضها إمّا لأنّ رُوَاتَهُ أكثرُ، أو أحفظُ؛ فينبغي العملُ بها؛ إذ الأضعفُ لا يكون مانعاً من العملِ بالأقوى، والمرجوحُ لا يدفعُ التّمسّكَ بالرّاجح، فتمسّك بهذا

=

المذهب الثّاني: أنّ جميع الشّروط في العقود باطلةٌ فاسدةٌ مطلقاً، والعقود صحيحةٌ جائزةٌ، وبه قال ابن أبي ليلى، وهذا المذهب أيضاً خارج عن موضوع القاعدة.

وهو مذهب ترجيح حديث عائشة -رضي الله عنها- في قصّة بريرة،

=

الأصل؛ فإنّه نافعٌ في مواضعَ عديدة».

وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٣٧٥/٥ شارحاً لكلام الإمام البخاري السّابق: «أي: أكثر طرقاً وأصحّ مَخرجاً، وأشار بذلك إلى أنّ الرّواة اختلفوا عن جابر في هذه الواقعة، هل وقع الشّرط في العقد عند البيع، أو كان ركوبه للجمل بعد بيعه إباحةً من النّبيّ ﷺ بعد شرائه على طريق العارية؟ ...والحاصل أنّ الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عدداً من الذين خالفوهم، وهذا وجهٌ من وجوه التّرجيح؛ فيكون أصحّ، ويترجّح أيضاً بأنّ الذين رووه بصيغة الاشتراط معهم زيادةٌ، وهُمْ حفّاظٌ فتكون حجّة، وليست روايةُ مَنْ لَمْ يذكرِ الاشتراطَ منافيةً لرواية مَنْ ذكره؛ لأنّ قوله: «لَكَ ظَهْرُهُ» و«أَفْقَرْنَاكَ ظَهْرَهُ»، و«تَبْلُغُ عَلَيه»، لا يَمنع وقوع الاشتراط قَبْلَ ذلك».

ثم أورد الذين ذكروا فيه الاشتراط والذين لم يذكروه، ورجّح ما قاله الإمام البخاري، بقوله ٣٧٦/٥: «وما جنح إليه الْمُصَنِّف -يعني: الإمام البخاري- من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحقّقين من أهل الحديث؛ لأنّهم لا يتوقّفون عن تصحيح الْمَتْن إذا وقع فيه الاختلاف إلاّ إذا تكافأت الرّوايات، وهو شرط الاضطراب الذي يُرَدُّ به الخبر، وهو مفقودٌ هنا مع إمكان التّرجيح».

ثم قال ٣٧٦/٥، و٣٧٧: «وقال الإسماعيلي: قوله: (ولك ظهر)، وعدٌ قَامَ مَقَامَ الشَّرْط؛ لأنّ وعده ﷺ لا خلْفَ فيه، وهبته لا رجوع فيها؛ لتَنْزيهه الله تعالى عن دناءة الأخلاق؛ لذلك ساغ لبعض الرّواة أن يعبِّر عنه بالشّرط»، وقال: هذا هو أقوى الوجوه في نظره. وانظر: شرح مسلم ٣٢/١١، وفتح الباري ٢٦٣/٥، و٣٧١.

وبهذا؛ يترجّح لدَيّ أنّ الواقعة فيها عقدُ البيع وشرطُ منفعة البائع؛فيصحّ الاحتجاج به،والله تعالى أعلم.

قَالَتْ: دَخَلَتْ عَلَيَّ بَرِيرَةُ فَقَالَتْ: إِنَّ أَهْلِي كَاتَبُونِي[١] عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ[٢] فِي تِسْعِ سِنِينَ، فِي كُلِّ سَنَةٍ أُوقِيَّةٌ فَأَعِينِينِي، فَقُلْتُ لَهَا: إِنْ شَاءَ أَهْلُكِ أَنْ أَعُدَّهَا لَهُم عَدَّةً وَاحِدَةً، وَأُعْتِقَكِ، وَيَكُونَ الوَلاءُ لِي فَعَلْتُ. فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لأَهْلِهَا فَأَبَوا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الوَلاءُ لَهُم، فَأَتَتْنِي فذَكَرَتْ ذلك. قَالَتْ: فَانْتَهَرْتُهَا. فقالت: لا هَا الله إذًا[٣]. قَالَتْ: فَسَمِعَ رَسُولُ الله ﷺ، فَسَأَلَنِي فَأَخْبَرْتُهُ فقال: «اشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا، واشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلاءَ؛ فَإِنَّ الوَلاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ»،

---

(١) كاتَبُونِي: معنَى المكاتبة في الشّرع هو: عِتْقٌ على مالٍ مُؤَجَّلٍ من العبد، موقُوفٌ على أدائه.
وثبتت مشروعيتها بالكتاب والسّنة، أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، [النّور: ٣٣]، قال القرطبي: «معنَى المكاتبة في الشّرع هو: أن يُكاتبَ الرَّجُل عبده على مالٍ يؤدِّيه مُنَجَّماً عليه؛ فإذا أدّاه فهو حُرٌّ». وأمّاالسّنة فمثل هذا الحديث.
انظر: أحكام ابن العربي ٣٩٧/٣، وبداية المجتهد ٢٤٩/٤، و٢٥٠، وتفسير القرطبي ٢٢٣/١٢، وحدود ابن عرفة ٦٧٦/٢، وإحكام الفصول ص ٧١٩.

(٢) أواق، جمع أُوقِيَّة، والأوقيّة معيارٌ للوزن، ويختلف مقدارها شرعاً باختلاف الموزون؛ فالأوقَيةُ من غير الذّهب والفضّة أربعون درهماً، يساوي (١١٩,٥٢ غراماً)، وأوقية الفضّة يساوي (٤١١٢,٥١٢ غ)، وأوقية الذّهب سبعةُ مثاقيل ونصف مثقال، وهي تساوي (٤٣١,٧٤٧٥ غ).
والأوقية اليوم توزن بها الأشياء، ويَختلف مقدارها باختلاف البلاد.
انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٧٧، و٤١٨، وانظر: الاستذكار ٨/٣، والتّمهيد ١٦/٧، و٣٣٤/١٣-٣٣٦، شرح مسلم ٣٢/١١-٣٣، وفتح الباري ٣٧٢/٥.

(٣) لاها الله إذا، قال المازري وغيره من أهل العربية: هذان لَحنَان، وصوابه: «لاها الله ذا»، بالقصر في ها، وحذف الألف من إذا، قالوا: وما سواه خطأ، ومعناه: «ذا يَميني»، ومعناه: لا، والله هذا ما أقسم به، فأدخل اسم الله تعالى بين ها، وذا.
انظر: شرح مسلم ٣٨٦/١٠-٣٨٧.

ففعلتُ. قالت: ثُمَّ خَطَبَ رسول الله ﷺ عَشِيَّةً؛ فحمد الله وأثْنى عليه بما هُوَ أَهْلُهُ، ثُمَّ قال: «أَمَّا بَعْدُ. فَمَا بَالُ أَقْوامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ الله؟ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ الله عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مائَةَ شَرْطٍ. كِتَابُ الله أَحَقُّ، وشَرْطُ الله أَوْثَقُ. مَا بالُ رِجَالٍ مِنْكُم يَقُولُ أَحَدُهُم: أَعْتِقْ فُلاناً والوَلاءُ لِي، إِنّمَا الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[١].

فيقول أصحاب هذا المذهب: فساد الشّرط في نفسه ولا يؤثّر في العقد؛ فلا يعود ببطلان أصل العقد، بل العقدُ صحيحٌ جائزٌ نافذٌ، وإنّما يبطل الشّرط فقط، ويحرم الوفاء به.

فحديث قصة بريرة حديثٌ عظيمٌ كثيرُ الأحكام والقواعد، ومن مفاده: صحّة العقد -البيع- مع بطلان الشّرط أو فساده. أمّا صحّة البيع فدليله قوله ﷺ : «اشْتَرِيهَا، وَأَعْتِقيها...»، وذلك أنّ العتق تصرّفٌ من تصرّفات الْمُلاّك في أملاكهم وهو دليل المِلْك؛ فَدَلَّ على صحّة شرائها الذي أثبت لها اختصاص الملك لبريرة، ونتج منه العتق، ولأنّ اشتراط الولاء يفارق جهالةَ العوض؛ فإنّ العوض ركن العقد، لا يمكن تصحيح العقد بدونه، ورُبَمّا أفضت جهالته إلى التّنازع والاختلاف، وأمّا الولاء فهو شرطٌ زائدٌ؛ فإذا حُذف بقي العقد صحيحاً بحاله[٢].

وأمّا بطلان الشّرط فدليله قوله ﷺ : «إنّما الولاء لِمَنْ أَعْتَق»، ولم يكن لأهل بريرة، فدلّ على أنّ شَرْطَهُم لم ينفعهم، وأيضاً فيه خَطَبَ

(١) تقدّم تخريجه في القاعدة: (٣٦)، من أدلّة فقهاء الأمصار، واللّفظ هنا لمسلم.

(٢) انظر: عارضة الأحوذي ٦/١٣-١٦، وأحكام ابن العربي ١/٥٢١، وشرح مسلم ٩/٣٧٩، و٣٨٢-٣٨٤، والمغني ١٤/٥٧٠، والقواعد النّورانية ص ٣٠٠.

النَّبيّ ﷺ خطبة الإنكار؛ حيث قال: ((أَمَّا بَعْدُ. فَمَا بَالُ أَقْوامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ؟...)).

ولأنّه شرطٌ ليس من مصلحة العتق، ولا أحد المتعاقدين، وليس ممّا تعارف النّاس عليه في تعاملهم؛ إذ الْمُتَعَارَفُ عليه لدى النّاس أنّ الولاء لِمَنْ أَعْتَقَ، لذلك قال النَّبيّ ﷺ مُقَرِّراً ومُؤَكِّداً لهذا العرف السّائد: ((إنّما الولاء لِمَنْ أعتق))[١].

قال في الاستذكار:((وفي ذلك إبطالُ الشَّرطِ في البيع إذا كان باطلاً، وتصحيحُ البيع، وهذه مسألة اختلفت فيها الآثارُ وعلماءُ الأمصار))[٢].

وفيه أيضاً: ((وفي هذا الحديث دليلٌ على أنّ الشّرط الفاسدَ في البيع لا يُفْسِدُ البيعَ، ولكنّه يَسْقُطُ، ويَبْطُلُ الشَّرْطُ، ويصحّ البيعُ))[٣].

المذهب الثّالث: بطلان العقود والشّروط معاً، وبه قال الشّافعية والحنفية في عقود المعاوضات كالبيع وأخواته من الكتابة والإجارة والرّهن؛ فإنّ هذه العقود تفسد عندهم بالشّروط الفاسدة؛ لأنّ هذه الشّروط بعضها فيه منفعةٌ زائدةٌ ترجع إلى أحد العاقدين أو غيرهما من غير

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٥/٤، والهداية ٥٠/٣-٥١، وأشباه ابن نجيم ص ٣٦٨، والاستذكار ٢١٠/٥، والمقدّمات ٦٤/٢، و٦٧، والفواكه الدّواني ٩٧/٢، والمجموع ٢٧٩/٩-٢٨٠، وإحكام الفصول ص ٧٢٠، و٧٢٣، والمغني ١٦٤/٦-١٦٥، و٣٢٥-٣٢٦، والشّرح الكبير مع الإنصاف ٢٢٤/١١، و٢٣٢، والقواعد النّورانية ص ٢٦٠، و٢٨٠-٢٨١، و٢٨٨.

(٢) الاستذكار للحافظ ابن عبد البر ٣٦١/٦، وانظر: التّمهيد ٣٣٦/١٣-٣٣٨، و٣٤٧.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٣٦٣/٦، وانظر: التّمهيد ٣٥٧/١٣.

مقابلٍ، وزيادةُ منفعةٍ مشروطةٍ في عقد البيع تكون ربا، والرّبا حرامٌ، والبيع الذي فيه ربا فاسدٌ؛ لأنّ النّهي وَرَدَ عن بيعٍ وشرطٍ مطلقاً، والنّهي يقتضي الفساد.

وهو مذهب ترجيح حديث نهي النَّبيّ ﷺ عن بيعٍ وشرطٍ[1].

ومفاده واضحٌ، وهو أنّ كلّ عقدٍ وقع فيه شرطٌ فهو باطلٌ؛ لأنّه منهيٌّ عنه، والنّهي يقتضي البطلان.

ولأنّ الشّرط في باب المعاوضات يجري مجرى الرّبا، وهو محرّم.

والمتقرَّر في المذهب عندهم أنّ الشّرط الذي يقتضيه العقد لا يوجب فساده، ما لم يؤدِّ تحقيقه إلى الرّبا.

---

(١) أورده الخطّابي بسنده في معالم السّنن ٧٧٤/٣، والإمام ابن عبد البرّ بسنده في التّمهيد ٣٥١/١٣، ضمن قصّة عبد الوارث بن سعيد في اختلاف ثلاثة من فقهاء العراق في مسألة واحدة في الشّرط، وابن حزم بسنده في المحلّى بالآثار ١٤٩/٥-١٥٠، والحاكم في معرفة علوم الحديث ص ١٢٨، والطّبراني في الأوسط ٨٥/٤، ومجمع الزّوائد.
وهذا الحديث لا يثبت ولا يصحّ، وقد تكلّم فيه أهل العلم بالحديث وضعّفوه، منهم: الإمام أحمد، وابن العربي، وابن عرفة، وابن قدامة، وابن تيمية، وابن القيم.
قال ابن العربي في عارضة الأحوذي ٢٥٠/٥: «وأمّا الذي أنّ النّبيّ ﷺ نَهى عن بيعٍ وشرطٍ؛ فلم يصحَّ الحديث، ولو صحّ لَحَمَلْناه على شرط يناقض البيع».
وقال ابن حجر في فتح الباري ٣٧١/٥: «وأمّا حديث النّهيِ عن بيعٍ وشرطٍ؛ ففي إسناده مقالٌ، وهو قابل للتّأويل».
قال ابن قدامة في المغني ٣٢٣/٦: «وحديثهم لَمْ يصِحَّ، وليس له أصلٌ، وقد أنكره أحمد، ولا نعرفه مَرْوِيّاً في مُسْنَد؛ فلا يُعَوَّل عليه».
وانظر: التّاج والإكليل، ومواهب الجليل ٢٤١/٦، والفواكه الدّواني ٩٧/٢، والمغني ١٦٥/٦، و٣٢٣، و٣٢٧، وفتح الباري ٣٧٤/٥، والقواعد النّورانية ص ٢٦١، وإعلام الموقّعين ص ٥٣٦.

ولأنّ البائع إنّما رضي بزوال مِلكه عن المبيع بشرطه، والمشتري كذلك إذا كان الشَّرط له، فلو صحّ البيع بدونه لزال مِلْكُهُ بغير رضاه، والبيع من شرطه التّراضي.

واستثنى الحنفية شَرْطَ الْمَضَرَّة؛ فلا يؤثّر في البيع، كما لو باع ثوباً على أن يحرقه المشتري، أو داراً على أن يخرجها؛ فالبيع جائزٌ والشّرط باطلٌ.

وقيّدوا فساد الكتابة بالشّرط المفسد بما يتمكّن في صلب العقد منها.

وقالوا كذلك ببطلان العقود والشّروط معاً في غير المعاوضات إذا كان الشّرط الفاسد حاصلاً في صلب العقد فإنّ العقد يفسد أيضاً[(١)].

المذهب الرّابع: أنّ الشّرط الواحد لا يبطل، وإنّما يُبْطِلُ الشّرطان فأكثر. وبه قال الحنابلة[(٢)].

وهو مذهب ترجيح نَهي النَّبيّ ﷺ عن شرطين في بيعٍ في قوله ﷺ: «لا يَحِلُّ سَلَفٌ وبيعٌ، ولا شَرْطَان في بيعٍ، ولا ربحُ ما لَمْ تقبض، لا بيع ما ليس عندك»[(٣)].

ومفاده أيضاً واضحٌ، ومنه: أنّ كلّ عقدٍ فيه شرطان؛ فهو باطلٌ؛ لأنّه منهيٌّ عنه، والنّهي يقتضي البطلان والفساد، ومفهومه أنّ ما فيه شرطٌ واحدٌ

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٨٣-٨٤، وبدائع الصّنائع ٤/٣٧٥-٣٧٩-٣٨٨-٣٩٧، و٥/٦٥، و١٦٧، والهداية ٣/٤٨-٥١، وأشباه ابن نجيم ص ٣٦٨، والمهذّب ٢/٤٠، والمجموع ٩/٢٧٩-٢٨٠، والمغني ٦/٣٢٥.

(٢) انظر: مختصر الخرقي ٦/٣٢١، والمقنع والشّرح الكبير ١١/٢٢٦، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٧٣.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٥] الدّليل الثّالث للمذهب الثّاني، من الوضع الثّاني، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

فليس بمنهيٍ عنه، فيصحّ، وبهذا يتعارض مع الحديث الذي قبله[(١)].

وقد فُسِّر «ولا شَرْطَان في بيعٍ» بأنّه قول رجلٍ: بعتُكَ هذا الثّوبَ نقداً بدينار، ونسيئةً بدينارين ويفترقان من غير اتّفاق على أحدهما، وهذا هو بيعتان في بيعة؛ فهذا بيعٌ واحدٌ تضمّن شرطين يختلف المقصود منه باختلافهما وهو الثّمن، ويدخل فيه الغرر والجهالة، ولا فرق في مثل هذا بين شرطٍ واحدٍ، وبين شرطين، أو شروط ذات عدد في مذاهب أكثر العلماء[(٢)].

وعن الإمام أحمد رواياتٌ مختلفةٌ في بيان شرطين في بيع، قال في المغني:

«رُوِيَ عن أحمد أنّهما شَرْطَان صَحِيحَان ليسا من مصْلحة العقد...، مَنْ اشترى ثوباً واشترط على البائع خِيَاطَتَهُ وقِصَارَتَهُ، أو طَعَاماً، واشترط طَحْنَه وحَمْلَهُ؛ إنْ اشترط أحدَ هذه الأشياء؛ فالبيع جائزٌ، وإن اشترط شرطين؛ فالبيع باطلٌ»، فَفَسَّره بِشَرْطَين صَحِيحَين ليسا من مصلحة العقد. ثم قال:

«وروي عن الإمام أحمد أيضاً أنّه فسّره بشرطين فاسدين». ثم قال:

«وعنه في الشّرطين في البيع أن يقول: إذا بعْتُكَهَا فأنا أَحَقُّ بها بالثّمَن، وأَنْ تَخْدُمَني سَنَةً. وظاهرُ كلام أحمد أنَّ الشّرطين الْمَنْهِيُ عنهما ما كان مِنْ هذا النّحْو، فأمّا إنْ شَرَطَ شَرْطَين، أو أكثر مِنْ مُقْتَضَى العقد،

---

(١) انظر: عارضة الأحوذي ٥/٢٤٩-٢٥٢، ومختصر الخرقي٦/٣٢١،والمغني ٦/٢٩١، و٣٢٢،والشّرح الكبير١١/٢١٦،و٢٢١،وشرح منتهى الإرادات٣/١٧٢،و١٧٥.

(٢) انظر: معالم السّنن ٣/٧٧٠، والاستذكار ٥/٣٠٦، وعارضة الأحوذي ٥/٢٤٤، و٢٥١-٢٥٢، وحاشية الإمام السّندي ٧/٢٨٩، والفواكه الدّواني ٢/٩٧، والمغني ٦/٣٣٣، والشّرح الكبير ١١/٢٢٧.

أو مَصْلَحَته، مثل: أَنْ يَبيعه بشرط الخيار، والتّأجيل، والرَّهْن،والضّمين،أو بشرط أَنْ يُسَلِّم إليه الْمَبيعَ أو الثَّمَنَ؛فهذا لا يُؤثِّر في العقدوإنْ كثر».

ثم قال أيضاً: «ظاهر كلام أحمد أنّه مَتَى شَرَطَ في العقد شَرْطَين بَطَلَ؛ سواء كانا صَحِيحَين،أو فَاسِدَين؛ لمَصْلَحَة العقد، أو لغير مَصلَحته، أخذا من ظاهر الحديث، وعَمَلاً بعمومه»[١].

والجمع بين هذه الرّوايات مُمْكنٌ بأَنْ يقال: الشَّرْطَان الْمَنْهِيُّ عنهما هما: شرطان فاسدان ليسا مِنْ مقتضى العقد، ولا مصلحته، ولا لأحد العاقدين فيهما مصلحةٌ صحيحةٌ، أمّا شرطان أو أكثر مِنْ مُقْتَضَى العقد أو مَصلحته؛ كالأمثلة السّابقة؛ فينبغي أن يصحّا ويلزم الوفاء بهما؛ لأنّ العقد يصحّ بدونهما، ولأنّ الصّحيح لا يُؤَثِّر في العقد وإن كَثُرَ، والفاسد يُؤَثِّر فيه وإنْ اتَّحَدَ[٢]، والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

قال في المغني: «فإنْ شَرَطَ ما يقتضيه العقدُ لا يُؤَثِّر فيه بغير خلافٍ، وشَرَطَ ما هو مِنْ مَصلحة العقد؛ كالأجل والخيار والرّهن والضّمين، وشَرَطَ صفةً في المبيع؛ كالكتابة والصّناعة فيه مَصْلَحةُ العقد؛ فلا ينبغِي أَنْ يُؤَثِّر أيضاً في بُطلانِه قَلَّتْ أو كثرت»[٣].

وقال في الشّرح الكبير: «وأمّا إنْ شرط شرطين أو أكثر مِنْ مُقتَضَى العقد، أو من مصلحته، مثل: أن يبيعه بشرط الخيار، والتّأجيل، والرّهن،

---

(١) المغني لِموفَّق الدِّين ابن قدامة ٦/٣٢٢، وانظر: الشّرح الكبير مع الإنصاف ١١/٢٢٧-٢٢٩، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٧٣-١٧٤.

(٢) انظر: المغني ٦/٣٢٣، والإنصاف ١١/٢٢٧.

(٣) المغني لِموفَّق الدِّين ابن قدامة ٦/٣٢٣، وانظر: ٧/٦٢.

والضّمين، أو بشرط أن يُسَلِّمَ إليه المبيع أو الثّمن، فهذا لا يؤثّر في العقد وإن كثر»[١].

قال في المجموع مُجيباً عن الاستدلال بهذا الحديث لجواز شرطواحد: «إنّ هذا مفهوم اللّقب[٢]، والصّحيح الذي عليه الأكثرون أنّه لا يدلّ على نفي الحكم عمّا عداه؛ فلا يلزم النّهْي (عن بيعٍ وشرطين) جواز شرطٍ واحد، فهذا هو الجواب المعتمد»[٣].

يُمكن أن يُجاب عن هذا بأنّه يُسَلَّمُ عدم التّلازم، لكن قد ثبت جواز شرطٍ واحدٍ بحديثٍ صحيحٍ ثابت؛ كما هو في قصّة جابر السّابقة وغيرها.

جاء في المغني أنّ الإمام أحمد قال: «الشّرط الواحد لا بأس به في البيع،

---

(١) الشّرح الكبير لشمس الدّين ابن قدامة المقدسي ١١/٢٢٨، وانظر: الإنصاف ١١/٢٢٧-٢٢٩.

(٢) مفهوم اللّقب هو درجةٌ من درجات دليل الخطاب، أو مفهوم الخطاب، وهو: تَخصيصُ اسمٍ بحُكْم.
وصورته: إذا عُلِّقَ الحكْمُ باسم جنس؛ كَتخصيص الرّبويّات السّتة بَتحريم التّفاضل، أو اسم عَلَم؛ كقولك: زيدٌ عالمٌ، ومنه هذا الحديث تعليق النّهي -التّحريم- بشرطين.
وأنكره أكثر الأصوليّين، قال القرافي: «وهو أضعفها»، وقال الشّنقيطي: «وهو -عدم اعتباره- الصّحيح»، وقال: «وجمهور العلماء على أنّ اللّقب لا مفهوم له، وهو الحقّ»، وقال:«واعلم:أنّ التّحقيق عدم اعتباره وعدم الفرق بين العَلَم واسم الجنس، خلافاً لِمَنْ قال باعتباره مطلقاً، ولِمَنْ قال باعتباره في اسم الجنس دون العَلَمَ».
وقال بحُجّيّته ابن خويز منداد من المالكية، والصّيرفي والدّقاق من الشّافعية، وبعض الحنابلة.
انظر: إحكام الفصول ٢/٥٢٤-٥٣٤، وتنقيح الفصول ١/٦٣، وتمهيد الإسنوي ص ٢٦١، وشرح مختصر الرّوضة٢/٧٥٦، و٧٧١-٧٧٩، مذكّرة أصول الفقه ص ٢٨٨، ونثر الورود ص١١٢-١١٣.

(٣) المجموع للنّووي ٩/٢٨١.

إنّما نَهَى رسول الله ﷺ عن شَرْطَين في البيع، وحديث جابر يدلّ على إباحة الشّرط؛ حيث باعَهُ جَمَلَهُ وشطر ظَهْرَهُ إلى المدينة»[١].

فهذه الأحاديث الأربعة القاسم المشترك بينها أنّها واردةٌ في الشّروط في العقود، فهي متّفقة الموضوع مختلفة المفاد؛ فرام مِنْهم مَنْ رام مذهب الأخذ بالأحاديث كلّها، والعمل بها جمعاً بين الأدلّة، قال في المقدّمات بعد ذكرها المذاهب الأربعة: «فعرف مالك رحمه الله -تعالى- الأحاديث كلّها واستعملها في مواضعها، وتأوّلها على وجوهها...»[٢].

المذهب الخامس: ذهب المالكية مذهب الجمع بعد التّصحيح، وهو النّظر في هذه الأحاديث من حيث الثّبوت، ثم الجمع بين الثّابتة منها. وهو مذهب المالكية والحنابلة، وقولٌ للشّافعية والحنفية في الجملة[٣].

أمّا التّصحيح فقالوا بعدم ثبوت الحديث المذكور في نهي النّبيّ ﷺ عن بيعٍ وشرطٍ[٤]، وبناء على هذا ينتفي ظاهر التّعارض بينه وبين بقية

---

(١) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٣٢٢/٦.

(٢) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٦٨/٢.

(٣) انظر: الاستذكار ٦١/٦-٦٢، و٣٢٧، و٣٦١، و٣٦٣، والتّمهيد التّمهيد ٣٣٧/١٣-٣٣٨، و٣٤٧،و٣٥١، و٣٥٣، و٣٥٧-٣٥٨،والمقدّمات٦٧/٢-٦٨، وبداية المجتهد ١١٢/٣-١١٣، و٣٠٨-٣١٦، والقوانين الفقهية ص ١٧١-١٧٢، والتّاج والإكليل ٢٤١/٦، وحاشية الدّسوقي ٦٥/٣، وتطبيقات قواعد الفقه ص ٢٥٧-٢٦٢، ومعالم السّنن ٧٧٠/٣-٧٧٤، والمهذّب ٣٩/٢-٤٢، والمغني٤٣/٦، و١٦٣-١٧١،و٣٢٢-٣٢٥-٣٣٤،والشّرح الكبير٢٢٣/١١-٢٢٦، و٢٣٢.

وانظر أيضاً: تفسير القرطبي ١٢٧/٥.

(٤) وقد تقدّم قريباً المذهب الثّالث؛ أنّ هذا الحديث ضعيفٌ لا يصحّ ولا يثبت عند =

الأحاديث؛ إذ الضّعيف لا تُتَصَوَّرُ معارضته للصّحيح الثّابت، وعلى فرض الثّبوت فإنّه يُحمَل على شرطٍ يناقض المقصود، أو يَخِلُّ بالثّمن.

أمّا الأحاديث الثّلاثة الباقية فصحيحةٌ ثابتةٌ، فذهبوا بعد ذلك في الجمع بين مفادالها، ومن خلال هذا المذهب والذي قبله أذكر موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

المذهب الأوّل: أنّ الشّرط الفاسد لا يعود ببطلان أصل العقد في الجملة، بل يفسد في نفسه ولا يسري فساده إلى العقد، على خلاف القاعدة، وهو المذهب عند المالكية والحنابلة، وقولٌ للحنفية والشّافعية[1].

=

أهل العلم بالحديث، وانظر: الفواكه الدّواني ٢/٩٧.

(١) انظر: عيون المسائل ص ٧٤، ومختصر القدوري ص ٨٣-٨٤، وبدائع الصّنائع ٣/٦٠٨، و٤/٣٧٥ فما بعدها، و٥٤٨، والهداية ٣/٤٨-٥٣، وأشباه ابن نجيم ص ٣٦٨، والاستذكار ٥/٢١٠، و٦/٦١-٦٢، و٣٢٧، و٣٦١، و٣٦٣، والتّمهيد ١٣/٣٣٧-٣٣٨، و٣٤٧، و٣٥١، و٣٥٣، و٣٥٧-٣٥٨، والمقدّمات ٢/٦٤، و٦٦-٦٨، وعارضة الأحوذي ٥/٢٤٤-٢٥٢، وبداية المجتهد ٣/١١٢-١١٣، و٣٠٨-٣١٦، والقوانين الفقهية ص ١٧٠-١٧٢، والتّاج والإكليل ٦/٢٤١، وحاشية الدّسوقي ٣/٦٥، و١٠٨، وتطبيقات قواعد الفقه ص ٢٥٧-٢٦٢، والمهذّب ٢/٣٩-٤٢، والمجموع ٩/٢٧٢، و٢٧٤-٢٨٢، وإحكام الفصول ص٧٢٠، و٧٢٣، والمغني ٦/٤٣-٤٤، و١٦٣-١٧١، و٢٨٥، و٣٢٢-٣٢٥-٣٢٦، و٣٣٢-٣٣٤، و٤٩٩-٥٠٩، و٧/٩٦، و١٧٧-١٨٠، و٣٤٢، و٥٤٩، و٥٦٥، و٨/٥٤، و١١٤، و١٩١-١٩٣، و٢٥٠، و٩/٤٨٣-٤٨٩، و١٣/٤١٠، و١٤/٤٠٥، والشّرح الكبير ١١/٢١٤-٢٢٣-٢٢٦-٢٢٩، و٢٣٢، والقواعد النّورانية ص ٢٦٠، و٢٨٠-٢٨١، و٢٨٨، والمحلّى ٧/٣٢٤-٣٢٧.

أدلّتهم:

أوّلاً: عملاً بمفاد حديث عائشة -رضي الله عنها- في قصة بريرة، وهو صحّة العقد مع فساد الشّرط، أمّا وجه فساده؛ فواضح من إنكاره ﷺ، ولأنّه مخالفٌ لمقتضى العقد، وليس ممّا تعارف النّاسُ عليه في تعاملهم، وأمّا صحّة العقد معه فلأنّ المشروط -الولاء- ليس داخلاً في حقيقة العقد ولا ماهيته، بل هو أمرٌ زائدٌ خارجٌ عن ماهية عقد العتق، أعني: ليس ركناً مِنْ أركان العتق؛ إذ أركانه: الْمُعْتِق، والْمُعْتَق، والصّيغة، وليس مِنْ مقتضى العتق؛ إذ مقتضاه ثبوت الحرّيّة وهي ثابتةٌ بالإعتاق، وليس مِنْ مصلحة العتق، ولا مصلحة أحد المتعاقدين.

ولم يكن في وجوده غررٌ في الثّمن أو المثمن، ولا خطرٌ، ولا يؤول به البيع إلى الإخلال بشرطٍ من الشّروط المشترطة في صحّة العقد، وهو حكمٌ مستقلٌّ سَبَبُهُ الإعتاق، واختصاص ملكه للمتسبِّب وهو الْمُعْتِق.

فكلّ ما كان مِنْ هذا القبيل من الشّروط؛ فإنّه شرطٌ فاسدٌ في نفسه، لا يؤثّر فسادُه في فساد العقد، ولا يسري بطلانه إلى بطلان العقد[1].

والمذهب الثّاني: أنّ الشّرط الفاسد إذا تَمَّ عليه العقد؛ فإنّه يعود ببطلان أصل العقد، فيجعله باطلاً فاسداً لا يترتّب عليه آثار العقود، بل يجب فسخه. وبه قال الظّاهرية، والمذهب عند الحنفية والشّافعية، وقولٌ للمالكية والحنابلة[2].

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) اقتصر عليه الخرقي في مختصره ١٦٣/٦، وانظر:المراجع السّابقة، والمحلّى ٤٦٦/٦، و٤٦٨، و٢٤٤/٧، و٢٦٧، و٣٢٢، و٣٢٤، و٣٢٧، و٥٤٣، و٦١/٨-٦٢.

دليلهم هو نَهيه ﷺ عن بيعٍ وشرطٍ، والنّهي يقتضي الفساد.

وعموم قوله ﷺ : «كلّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطلٌ»، قالوا: والشّرط الفاسد ليس في كتاب الله فهو باطلٌ، والعقد المترتّب عليه باطلٌ؛ لأنّ مَا بُنِيَ على البُاطل باطلٌ.

التّرجيح:

الذي يترجّح في نظري أنّه ليس كلّ شرطٍ فاسد يعود ببطلان أصل العقد.

فالتّرجيح بين هذين المذهبين يَحتاج إلى تفصيلٍ؛ إذ كلّ واحدٍ من المذهبين صحيحٌ راجحٌ من وجه، ومرجوحٌ من وجه آخر، وذلك باعتبارات مختلفة؛ لأنّ الشّروط ليست على درجة واحدة، فما كان منها محظوراً شرعاً لذاته أو لغيره، أو يُخلُّ بمحلّ العقد، أو بركنٍ من أركانه، أو شرطٍ من شروطه؛ فإنّه شرطٌ مُبْطلٌ لأصل العقد، وإلاّ فلا، هذا في عقود المعاوضات التي فيها تكون الأثْمَانُ والأعواضُ والأبدالُ جزءًا من العقد؛ كالثّمن والمثمن في البيع، والمضاربة.

وإمّا أن تكون مُنفردةً عن العقد غير داخلةٍ في أركان العقد؛ كالصّداق في النّكاح، والبدل في الخلع والعتاق؛ فإنّ فساد الشّرط فيه لا يوجب فساد النّكاح، ولا الخلع ولا العتاق؛ فإنّ فساد الشّرط لا يُبْطلُه؛ كمَنْ تَزَوَّجَ بشرط مجهولٍ في الصّداق؛ فإنّ الشّرط فاسدٌ، لكن لا يُفْسدُ عقدَ النّكاح؛ لأنّ الصّداق ليس من أركان النّكاح، بل يصحّ النّكاح من دون التّسمية، ويجب مهر المثل؛ فإذا كان النّكاح لا يبطل بغير التّسمية فلألاّ يبطل بشرطٍ مجهولٍ في الصّداق أولى(١).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٤/٣٨٦، والهداية٣/٤٩-٥٠،والاستذكار٥/٢١٠،وبداية =

قال في معالم السّنن: «الشّروط على ضروب؛ فمنها: ما يناقض البيوع ويُفْسِدُها، ومنها: ما لا يلائمها ولا يُفْسِدُها...، فَعُلِمَ أنّ بعض الشّروط يصحّ وبعضها يبطل...، وأن ليس كلّ شرط مُبْطلاً للبيع...

وأمّا ما يفسد البيع من الشّروط فهو كلّ شرطٍ يُدْخِلُ الثّمن في حدّ الجهالة، أو يوقع في العقد أو في تسليم المبيع غرراً، أو يَمنع المشتري من اقتضاء حقّ الملك من المبيع...، فهذه شروطٌ تُفْسِدُ البيع؛ لأنّ العقد يقتضي التّمليك وإطلاق التّصرّف في الرّقبة والمنفعة، وهذه الشّروط تقتضي الحجر الذي هو مناقض لِموجَب الملك؛ فصار كأنّه لم يبعه منه أو لم يملكه إيّاه»[(١)].

محلّ الشّروط الفاسدة المؤثّرة في بطلان العقد:

الشّروط مع العقود أو التّصرّفات لها ثلاث حالات: إمّا أن تسبق العقد؛ أو تقارنه وتصاحبه، أو تلاحقه، والمراد بهذه الجزئية بيان أيّها يؤثّر في العقد.

فإن كان الشّرط سابقاً متقدّما للعقد ففيه مذهبان:

المذهب الأوّل: لا اعتبار للشّرط السّابق المتقدّم على العقد، ولا يلحق العقد، ولا يؤثّر فيه، ولا يلزم الوفاء به إن كان صحيحاً، ولا يفسد

=

المجتهد٣/١١٢-١١٣، و٤/٢٦٧، وعقد الجواهر ٢/٤٧٤-٤٧٥، والمهذّب ٢/٧١٤، والمجموع ٩/٢٧٤، و١٤/٢١، والمغني ٧/١٧٩-١٨٠، و١٠/٢٧٩، والمحلّى ٩/٨٦.

(١) معالم السّنن للخطّابي ٣/٧٧٠-٧٧٢، وانظر: بدائع الصّنائع ٣/٦٨، و٤/٣٧٧، والهداية ٣/٥٠-٥١، والمقدّمات ٢/٦٧-٦٩، وبداية المجتهد ٤/٢٦٧، وشرح مسلم١٠/٣٨١، وفتح الباري ٥/٢٢٢، و٢٢٩، و٢٣٠، والشّرح الكبير ١١/٢٠٥-٢٤٣، ومنتهى الإرادات ١/٢٥٢-١٨١.

العقد به إن كان شرطاً فاسداً؛ لأنّ ما قَبْلَ العقد لغوٌ، بل يكـون كالوعد المطلق. به قال الحنفية والشّافعية، وقولٌ للحنابلة[(١)].

المذهب الثّاني: أنّ الشّرط السّابق المتقدّم للعقد كالشّرط المقارن له. وبه قال المالكية والحنابلة في باب النّكاح[(٢)].

ولعلّ أرجح المذهبين عدم تأثير الشّرط السّابق المتقدِّم على العقـد، فيعدّ لاغياً ما لم يذكر مرّة أخرى عند العقـد، والله -تعـالى- أعلـم بالصّواب.

الشّرط المقارن: وإن كان الشّرط مقارناً للعقد مصاحباً له؛ اعتبر وأثّر، ويلزم الوفاء به إن كان صحيحاً، ويُبْطِلُ العقد إنْ كان مُبْطِلاً، بلا خلاف.

الشّرط اللاحِق: وإن كان الشّرط لاحقاً بعد تمام العقـد، وبعـد لزومه بانقضاء الخيار فهو لغوٌ قطعاً، صحيحاً كان أو باطلاً،وإن كان قَبْلَ انقضاء مدّة الخيار؛ أيَلحق ويؤثّر في العقد أم لا؟

الشّرط اللاحق هنا في هذه الصّورة لا يخلو من أن يكـون شـرطاً

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٨/٤، والمهذّب ١٥٨/٢، والمجمـوع ٢٧٧/٩، و٢٧٨-٢٧٩، و٢٨٠، وإحكـام الفصـول ص ٧٢٥، والمغنـي ٤٣/٦، و٣٢٨، والإنصاف١١/ ٢٤١، ٣٨٩/٢٠، و٤٠٨-٤٠٩، ومنتـهى الإرادات ٢٥٢/١، و٩٧/٢، شرح منتـهى الإرادات ٢٧٠/٥، والمحلّـى ٣١٩/٧، و٨٦/٩، و٩٠، و١٢٣-١٢٤، وفتح الباري ٣٧٦/٥.

(٢) انظر: المقدّمات ٦٧/٢، والذّخيرة ٤٠٥/٤، وتطبيقات قواعد الفقـه ص ٢٥٩-٢٦٠، وإحكـام الفصـول ص ٧٢٥، والمغنـي ٤٣/٦، و٣٢٨، والإنصـاف ٢٤١/١١، ٣٨٩/٢٠، و٤٠٨-٤٠٩، ومنتـــهى الإرادات ٢٥٢/١، و٩٧/٢، شرح منتهى الإرادات ٢٧٠/٥، والمحلّى ٣١٩/٧، و٨٦/٩، و٩٠، و١٢٣-١٢٤، وفتح الباري ٣٧٦/٥.

صحيحاً، أو شرطاً فاسداً، فإن كان شرطاً صحيحاً؛فإنّه يصحّ إلحاق بالعقد ويعتبر فيؤثّر؛ كالخيار الصّحيح في البيع البات ونحو ذلك. عند الحنفية والشّافعية[1].

وإن كان الشّرط اللاحق شرطاً فاسداً ففي التحاقه بالعقد مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّ قران الشّرط الفاسد وإلحاقه به سواء، حتّى لو باع بيعاً صحيحاً، ثم أَلْحقَ به شيئاً من الشّروط الفاسدة؛ فإنّه يَلْتَحِقُ به ويفسد العقد. وبه قال أبو حنيفة وقولٌ للشّافعية[2].

وجه هذا القول: أنّ اعتبار التّصرّف على الوجه الذي أوقعه الْمُتصَرِّف واجبٌ،إذا كان هو أهلاً والمحلّ قابلاً، وقد أوقعه مُفْسداً للعقد؛ إذ الإلْحَاق لفساد العقد؛فوجب اعتباره كما لو أوقعه فاسداً في الأصل[3].

المذهب الثّاني: يشترط لاعتبار الشّرط مقارنته للعقد؛ فالشّرط اللاحق لا يعتبر؛ فلا يلحق العقد، ولا يؤثّر فيه، ولا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد، بل لا بدّ من مقارنة الشّرط للعقد. وبه قال المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية والصّاحبان[4].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٨/٤، والمجموع ٢٧٨/٩-٢٧٩، و٢٨٣/١٢، وانظر أيضاً: شرح مسلم ٣٢/١١، وفتح الباري ٣٧٦/٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٤٥/٤، و٣٨٨، والمجموع ٢٧٨/٩-٢٧٩، و٢٨٣/١٢، وانظر أيضاً: شرح مسلم ٣٢/١١، وفتح الباري ٣٧٦/٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٨/٤.

(٤) هما: أبو يوسف ومحمّد بن الحسن الشّيباني.

انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٨/٤، وبداية المجتهد ٣١٢/٣-٣١٣، والمهذّب ١٥٨/٢، والمجموع ٢٧٧/٩، و٢٧٨-٢٧٩، و٢٨٣/١٢، والمغني ٤٣/٦، و٣٢٨، والشّرح =

وجه هذا القول: أنّ إلْحاق الشّرط الفاسد بالعقد تغـييرٌ للعقـد مـن الصّحّة إلى الفساد، فلا يصحّ؛ فبقي العقد صحيحاً كما كـان؛ لأنّ العقـد كلامٌ لا بقاء له، والالْتحَاق بالمعدوم لا يجوز، فكان ينبغي أن لا يصحّ الإلحاق أصلاً، إلاّ أنّ إلْحاق الشّرط الصّحيح بأصل العقد ثبت شرعاً للحاجة إليـه؛ فيصحّ إلْحاقه به، فلا حاجة إلى إلحاق الشّرط الفاسد ليفسد العقد[1].

وأجيب عن قولهم: الإلْحاق تغييرٌ للعقد، بأنّه إن كان تغييراً فلهما ولاية التّغيير، ألا ترى أنّ لهما ولاية التّغيير بالزّيادة في الـثّمن والمـثمن، والحطّ عن الثّمن، وبإلْحاق الشّرط الصّحيح، وإن كان ذلـك تغـييراً؟ ولأنّهما يملكان الفسخ فالتّغيير أوْلَى؛ لأنّ التّغيير تبديل الوصف، والفسخ رفع الأصل والوصف[2].

ولعلّ الأصحّ كون تأثير الشّروط الفاسدة مرتبطاً بمقارنتها للعقد، قال في إحكام الأحكام: «والذي يعتذر به عن الحديث -في قصّة جمل جـابر- على هذا المذهب، ألاّ يُجعَل استثناؤه على حقيقة الشّرط في العقد، بل على سبيل تَبَرُّع الرّسول ﷺ بالجمل عليه، أو يكون الشّرط سابقاً على العقـد، والشُّرُوطُ الْمُفْسِدَةُ: ما تكون مُقَارِنةً للعقد، ومَمْزُوجَةً به»[3].

وقال في منتهى الإرادات: «وتُعْتَبَر مُقَارَنَتُهُ للعقد»[4]، وقال في باب

=

الكبير ٢٤٣/١١،وكتـاب الفـروع ١٩١/٦-١٩٣، والإنصـاف ٢٤١/١١، و٣٨٩/٢٠، و٤٠٨-٤٠٩، والمحلّى ٣١٩/٧، و٨٦/٩، و٩٠، و١٢٣-١٢٤.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٨/٤، والمجموع ٢٧٧-٢٧٩، و٢٨٣/١٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٨/٤.

(٣) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ص ٧٢٥.

(٤) منتهى الإرادات للفتوحي ٢٥٢/١.

الشّروط في النّكاح: «ومَحَلُّ الْمعتبر منها صُلبُ العقد»[1].

ثبوت الملك بالعقود الفاسدة بسبب الشّروط الفاسدة:

العقد الفاسد بسبب الشّرط هو كلّ عقد فاته شرطٌ من شرائط الصّحة المتقدّمة؛ فهل العقد الفاسد بسبب الشّرط الفاسد يفيد ملْكاً؟

ثبوت الملك في هذه العقود ثلاثيُّ التّقسيم تبعاً لانقسام الشّروط فأَوَّلُها: شروطٌ لا ينعقد معها العقد أصلاً، وثانيها: شروطٌ فاسدةٌ باطلةٌ مُبْطِلةٌ للعقد، وثالثها: شروطٌ باطلةٌ غير مُبْطلة ولا مُفسدَة لها.

وبالنّظر إلى أقوال الفقهاء يُلْحَظ أنّ الشّروط التي تَمنع انعقادالعقد معها،أو الفاسدة الباطلة الْمُبْطِلَة للعقد لا تُفيدَان ملكاً؛ لأنّ هذا عقدٌ فاته شرطٌ من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلّيّة وغيرهما،فهو كالمعدوم الذي لا وجود لها، فلا يُثْبِتُ حكماًأصلاً؛لأنّ الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلاّ من حيث الصّورة؛ لأنّ التّصرّف الشّرعي لا وجود له بدون الأهليّة والمحليّة شرعاً، كما لا وجود للتّصرّف الحقيقيّ إلاّ من الأهل في المحلّ حقيقةً.

أمّا التي فسادها بسبب شروط فاسدة باطلة غير مُفْسدة ولا مُبْطلة للعقد فلا تخلو إمّا قبل القبض أو بعده، فإنْ كان قَبْلَهُ فلا تفيد ملْكاً إجماعاً، وإن كان بعد القبض فلا يخلو الأمر أيضاً من أَنْ يكون فساد الشّرط راجعاً إلى البدل؛ فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء،لا يفيد ملْكاً إجماعاً؛ لأنّ الفسادالرّاجع إلى البدل فسادٌ في صلب العقد؛لذلك لايمكن تصحيحه، وإنْ كان راجعاً إلى غير البدل ففي إفادتها الملك،

---

(١) منتهى الإرادات ٢/٩٧.

وثبوت الملك فيها مذهبان:

المذهب الأوّل: ثبوت الملك في الجملة بالعقد الفاسد،وهو مِلْكٌ مَضْمُونٌ بالقيمة أو بالمثل لا بالْمُسَمَّى،ويَملكه بالقبض،ويملك التّصرّف فيه، حتّى لو باعه المشتري نُفِّذ بيعه، ولكن مِلْكُهُ ملكٌ ضعيفٌ غير لازمٍ، بل هو مستحقٌّ للفسخ. وبه قال الحنفية[1].

لأنّ هذا بيعٌ مشروعٌ فيفيد الملك في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة، والدّليل على أنّه بيعٌ أنّ البيع في اللّغة هو مبادلةُ شيءٍ مرغوبٍ بشيءٍ مرغوب مالاً كان أو غير مال، وفي عرف الشّرع هو: مبادلة مالٍ مُتَقَوَّمٍ بمالٍ مُتقوَّمٍ، وقد وُجِدَ فكان بيعاً.

والدّليل على أنّه مشروعٌ النّصوصُ العامّةُ المطلقةُ في باب البيع نحو قول الله -تعالى-: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[3]، ونحو ذلك مِمّا ورد من النّصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً، فَمَنِ ادَّعى التّخصيص والتّقييد فعليه الدّليل.

واستدلّوا أيضاً بدلالة الإجماع، وهو أنّ البيع الخالي عن الشّروط الفاسدة مشروعٌ ومفيدٌ للمِلْك، وقِران هذه الشّروط بالبيع ذِكْراً لم يصحّ؛ فالْتَحَقَ ذِكْرُها بالعدم؛ إذ الموجودُ الْمُلْحَقُ بالعدم شرعاً والعدم الأصلي

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٣٢/٣، و٦٠٣، و٣٧٨/٤، و٥٨٢-٥٨٤، و٥٩٠-٥٩١، والهداية٤٢/٣، و٥١-٥٢، وأنيس الفقهاء ص ٧٥.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٣) سورة النّساء، الآية: ٢٩.

سواء[١]، وإذا أُلْحِقَ بالعدم في نفس البيع خالياً عن المفسد، والبيع الخالي عن المفسد مشروعٌ ومفيدٌ للمِلْك بالإجماع.

أمّا كونه مِلْكاً غير لازمٍ، وأنّه مستحقٌّ للفسخ فوجهه: أنّ البيع وإن كان مشروعاً في ذاته؛ فالفساد مُقْتَرِنٌ به ذِكْراً، ودفع الفساد واجبٌ ولا يمكن إلاّ بفسخ العقد فيستحقّ الفسخ لكن لغيره لا لعينه، حتّى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ[٢].

قال في الهداية: «ولنا أنّ ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محلّه؛ فوجب القبول بانعقاده، ولا خفاء في الأهلية والمحليّة، وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام، والنّهي يقرّر المشروعية عندنا، لاقتضائه التّصوّر، فنفس البيع مشروعٌ،وبه تُنالُ نعمة الملك،وإنّما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النّداء، وإنّما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدّي إلى تقرير الفساد المجاور؛ إذ هو واجبُ الرّفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى، ولأنّ السّبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بِمنْزلة الهبة»[٣].

المذهب الثّاني: لا حكم للعقد الفاسد، ولا يفيد الْمِلْكَ، ولا يصحّ التّصرّف فيه، وبه قال المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية[٤].

---

(١) انظر: التّقادير الشّرعية في الفروق ٧١/١، و٢٠١/٢-٢٠٢.

(٢) انظر أدلّة الحنفية وتعليلاتهم في: بدائع الصّنائع ٥٨٢/٤-٥٨٣، و٥٩١.

(٣) الهداية للمرغيناني ٥١/٣.

(٤) انظر: الاستذكار ٣٠٣/٥-٣٠٦، والمنتقى ٨٤/٧، والمقدّمات ٦٥/٢-٦٩، وعقد الجواهر ٦٧٨/٢، والقوانين الفقهية ص ١٤٥، و١٧١-١٧٢، والمهذّب ٤١/٢، والمجموع ٢٧٤/٩-٢٧٦، و٢٨١، والمنثور ١٤٨/٢، وأشباه السّيوطي =

من أدلّتهم:

أثر عبدالله بن مسعود ﷺ ابتاع جاريةً من امرأته زينبَ الثّقفيّة، واشترطت عليه أنّك إن بعتَها فهي لي بالثّمن الذي تبيعُها به، فسأل عبدُالله بن مسعود عن ذلك عُمرَ بن الخطاب ﷺ، فقال عمرُ بن الخطاب: «لا تقربْها، وفيها شرْطٌ لأحد»[١].

وجه الاستدلال منه؛ حيث فُسِّرَ قوله: «لا تقربْها»، أي: تنحَّ عنْها، وافسَخِ البيعَ فيها، فهو بيعٌ فاسدٌ، وفسَّره الإمام مالك بقوله: «لا تطأْهَا وفيها شرْطٌ لأحد»[٢]، فدلّ على عدم اعتداد بالعقد ولا اعتبار به ما دام الشّرطُ، وهذا حكم العقد الفاسد، حيث يَمْنع من الآثار المترتّبة على العقد الصّحيح.

لأنّ العقد الفاسد منهي عنه، والمنهي عنه يكون حراماً، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك؛ لأنّ الملك نعمةٌ، والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النّعمة، ولهذا بطل بيع الخمر والخنْزير والميتة والدّم.

ولأنّه مقبوضٌ بعقد فاسد فلم يُملكْهُ، كما لو كان الثّمنُ ميْتةً أو دماً.

ولأنّه من المعلوم أنّ العقد الفاسد يَجب إلغاؤه، فلا يفيد ملكاً[٣].

=

ص ٤٨٠، والمغني ٣٢٧/٦، وقواعد ابن رجب ق (٤٣-٥٢)، والمحلّى ٣٣٢/٧، ونيل الأرب ص ٢١٢-٢١٣.

(١) أخرجه الإمام مالكٌ في موطّئه ٦١٦/٢، كتاب البيوع، باب ما يفعل بالوليدة إذا بيعت...، برقم: (٥).

(٢) انظر: الاستذكار ٣٠٢/٥.

(٣) انظر: نيل الأرب ص ٢١٢.

ولعلّ القول بمنع ثبوت الملك بالعقد الفاسد بالشّرط الفاسد الذي يبطل به العقد هو الرّاجح؛ لقوّة أدلته، فلا يجوز تصرّف الْمشتري في البيع الفاسد بهذا الشّرط بحال، ولا يصحّ، والعلم عند الله تعالى.

ويترتّب على ذلك أنّ مَن اشترى جاريةً على شرط أن لا يبيعها ولا يَهَبَها، أو ما أشبه ذلك من الشّروط؛ فإنّه لا ينبغي للمشتري أن يطأها؛ وذلك أنّه لا يجوز له أن يبيعها ولا أن يَهَبَها؛ فإذا كان لا يملك ذلك منها دلّ على أنّه لم يملكها ملْكاً تامّاً؛ لأنّه قد استُثْنِيَ عليه فيها ما مِلْكُهُ بِيَدِ غَيْرِهِ، فإذا دخل هذا الشّرط لم يصلح.

أمّا عقود الشّركات؛ فالشّرط الفاسد فيها لا يسقط الإذن، فلو تصرّف أحد الشّركاء مع الشّرط الفاسد صحّ تصرّفه لذلك[1].

المطالبة بالشّروط الفاسدة:

تقدّم أنّ الشّرط الفاسد الباطل لا يلتزم به المسلم، وإذا شرط إنسانٌ شرطاً فاسداً، وفات فليس له حقّ المطالبة شرعاً[2].

مثاله: لو استودع رجلٌ رجلاً، وأمره بالحفظ، وشرط عليه أن يَمسكه بيده ليلاً ونهاراً، ولا يضعها؛ فالشّرط باطلٌ، فلو وضعها في بيته أو فيما يحرز فيه ماله عادةً فضاعت لا ضمان عليه؛ لأنّ إمساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدورٍ له عادةً، فكان شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو[3].

ومثال آخر: لو اشترط الرّجلُ على امرأته ألاّ ينفق عليها، وألاّ

(١) انظر: المهذّب ٢/٢٥٩، والمغني ٧/١٨٠.
(٢) انظر: الهداية ٣/٤٨.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣١١.

يقسم لها؛ فإنّ المرأة في هذه الحال غير ملزمة بهذا الشّرط، ولها المطالبة بحقّها، وليس للزّوج أن يرفض فيطالب بتحقيق ما اشترطه؛ لأنّه شرطٌ فاسدٌ لا أثر له، فبطل مقتضاه[١]. والله -تعالى- أعلم.

ويستدلّ على هذه الفقرة بحديث عائشة -رضي الله عنها- السّابق في قصّة بريرة؛ فإنّ النّبيّ ﷺ أمرها بإبرام العقد، وإلغاء الشّرط، مع عدم قيام أهل بريرة بالمطالبة؛ فدلَّ على عدم ثبوت حقّ المطالبة بفوات هذا الشّرط[٢].

ولأنّ الفاسد لا اعتداد به شرعاً فهو كالمعدوم خارج حيّز الوجود، وما لا وجود له لا تُتَصوَّر مطالبته. والله سبحانه وتعالى - أعلم- بالصّواب.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لصحّة هذه القاعدة بأنّ اشتراط الشّرط الفاسد منهي عنه، والنّهي يقتضي الفساد، وما ترتّب على الفساد فهو فاسدٌ بالضّرورة.

ولأنّ الشّرط الفاسد يَمنع ترتّب آثار العقد الصّحيح على العقد، وما لم تترتّب عليه آثار الصّحة من العقود فهو باطلٌ.

آثار الشّروط الفاسدة الباطلة الْمُبْطلَة للعقد والْمُفْسدَة لها:

تقدّم في فقرة توثيق القاعدة أنّ ممّا ذكره الفقهاء من نظائر هذه القاعدة؛ قاعدة: (فاسد كلّ عقد كصحيحه في وجوب الضّمان وعدمه)، و(أنّ حكم فاسد العقود حكم صحيحها في التّغابن فيما يُحَطّ)[٣]، بناءً

---

(١) انظر: الشّروط في النّكاح ص ١٥٣-١٥٩، و١٦٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣١١/٥، والاستذكار ٣٦١/٦، و٣٦٣، والتّمهيد ٣٣٦/١٣-٣٣٨، و٣٤٧،و٣٥٧.

(٣) انظر: المنثور ١٤٦/٢.

على هذا، فهناك آثار تَترتّب على العقد الفاسد بسبب الشّرط الفاسد الْمُفْسد للعقد كالتّالي:

أنّ العقد يَبْطل معه بكلّ حالٍ ما دام الشّرطُ، ولكن هذا العقد لا يخلو من أن يكون عقد النّكاح أو غيره.

فإن كان عقد النّكاح فله حالتان:

إحداهما: أن يُحْكَم ببطلانه قبل الدّخول، فهذا لا يترتّب عليه شيءٌ من أحكام النّكاح مطلقاً؛ لأنّ الأصل في العلاقة بين الرّجل والمرأة هو التّحريم، حتّى يقوم سببٌ شرعيٌّ يُثْبِت الْحل، وهو عقد نكاحٍ صحيحٍ، وفي هذه الحال لم يوجد أيُّ سببٍ ناقلٍ عن هذا الحكم الأصلي وهو التّحريم، فلم يترتّب عليه شيءٌ من الأحكام.

الحالة الثّانية: أن يُحْكَمَ بفساده وفسخه بعد الدّخول، ففي هذه الحالة تترتّب عليه الأحكام التي مِنْ شأنها حفظ حقّ المرأة أو الولد أو المحافظة على حكمٍ شرعيٍّ؛ كالعدة.

أمّا ما يتعلّق بحفظ حقوق المرأة فثبوت مهر مثلها بما استحلّ منها، ولا يثبت الْمُسَمَّى؛ لأنّ المصير إلى الْمُسَمَّى عند صحّة التّسمية تحرّزاً عن الفساد لجهالة القيمة، والعقد غير معتبر و لم يحصل به اعتداد شرعاً لفساده؛ فلا معنَى للتّحرّز؛ فوجب الرّجوع إلى الأصل وهو مهر المثل، ولأنّه بِمَنْزلة القيمة في البيوع[1].

وأمّا ما يتعلّق بحقّ الولد؛ فإثبات نسبه محافظةً عليه.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٦٣٣/٣، والشّروط في النّكاح ص ١٧٣-١٨٠.

وأمّا المحافظة على الحكم الشّرعي فثبوت العدّة حتّى تُعْلَمَ براءة الرّحم التي من شأنها حفظ الأنساب من اختلاط بعضها ببعض، ولا يلزم لهذا النّكاح الفاسد طلاقٌ، ولا يترتّب عليه إرثٌ ولا ظهارٌ ولا لعانٌ ولا رجعةٌ ولا إيلاء، وبه قال عامّة العلماء.

قال في بدائع الصّنايع: «فصل: وأمّا النّكاح الفاسد فلا حُكْمُ له قبل الدّخول،وأمّا بعد الدّخول فيتعلّق به أحكام منها: ثبوت النّسب، ومنها: وجوب العدّة، وهو حكم الدّخول في الحقيقة، ومنها: وجوب المهر، والأصل فيه: أنّ النّكاحَ الفاسدَ ليس بنكاحٍ حقيقةً؛ لانعدام محلّه، أعني: محلّ حكمه وهو الْمِلْكُ؛ لأنّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ في المنافع، ومنافع البضع مُلْحَقَةٌ بالأجزاء،والحرُّ بجميع أجزائه ليس محلاًّ للمِلْك؛لأنّ الحريّةَ خلوصٌ،والْمِلْكُ ينافي الخلوص، ولأنّ الْمِلْكَ في الآدَميّ لا يثبت إلاّ بالرّقّ، والحريّة تنافي الرّقّ إلاّ أنّ الشّرع أسقط اعتبار المنافي في النّكاح الصّحيح لحاجة النّاس إلى ذلك، وفي النّكاح الفاسد بعد الدّخول لحاجة الناكح إلى درء الحدّ وصيانة مائه عن الضّياع بثبات النّسب، ووجوب العدّة، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة، ولا عقوبةٍ توجب المهر فَجُعِلَ منعقداً في حقّ المنافع المستوفاة لهذه الضّرورة، ولا ضرورة قَبْلَ استيفاء المنافع، وهو ما قبل الدّخول فلا يُجْعَلُ مَنعقداً قبله...»[1].

قال في الرّسالة الفقهية: «وما فَسَد من النّكاح لعَقْده وفُسِخَ بعد البناء ففيه الْمُسَمَّى، وتقع به الْحُرْمَةُ كما تَقَعُ بالنّكاح الصّحيح[2]، ولكن

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٦٥١-٦٥٢.

(٢) أي: يعتبر عقده في التّحريم كما يعتبر العقد الصّحيح الْمُتَّفق عليه احتياطاً، فَتحرُم =

لا تحلّ به الْمُطَلَّقةُ ثلاثاً، ولا يُحَصَّنُ به الزّوجان»[١].

وقال الإمام ابن رشد الحفيد: «وأمّا حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت؛ فمنها ما اتّفقوا على فسخه قبل الدّخول وبعده، وهو ما كان منها فاسداً بإسقاط شرطٍ مُتَّفقٍ على وجوب صحّة النّكاح بوجوده؛ مثل أن يَنكح مُحَرَّمة العين، ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علّة الفساد وقوّتها...، ومِنْ قِبَل هذا أيضاً اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ، وكذلك وقوع الطّلاق فيه، فمرّة اعتبر فيه الاختلاف والاتّفاق، ومرّة اعتبر فيه الفسخ بعد الدّخول أو عدمه»[٢].

وإن كان عقد الْمعاوضات، فهو أيضاً على حالتين:

إحداهما: أَنْ يُحْكَم ببطلانه قبل القبض ولا تَمكين البائع المشتريَ من القبض؛ فهذا لا يترتّب عليه شيء، فلا يفيد انتقال الملك من البائع إلى المشتري، ولا ضمان القيمة إن تلف؛ لأنّه تلف في يد البائع وهو صاحبه.

الحالة الثّانية: أَنْ يُحْكَمَ ببطلانه بعد القبض، فهنا تَترتّب عليه أحكام الضّمان؛ لأنّ المقبوض بحكم عقدٍ فاسدٍ مضمونٌ؛ لأنّه يجب عليه ردُّهُ، فيلزم ردّ العين، وإن كان عاجزاً عن ردّ عينه، فالمثل إنْ كان

=

به على الآباء والأبناء، وتحرم أمّهات النِّساء، وكذلك يعتبر وطؤه من باب أحرى، فَتُحْرَم الرّبيبة، وهذا معنَى القاعدة عند المالكية: «الفاسد كالصّحيح في نشر الحرمة في الأبناء والآباء ونحوهما».

انظر: شرحي ابن ناجي وزرّوق ٢/٣٧.

(١) رسالة الإمام ابن أبي زيد القيرواني ص ١٩٨، وانظر: القوانين الفقهية ص ١٤٠.

(٢) بداية المجتهد ٣/١١٣-١١٤.

المبيع مثليّاً، وإلاّ فالقيمة إن كان قيميّاً؛ لأنّها مقدار ماليته، وهذا لأنّ المثل صورةً ومعنًى أعدل من المثل معنًى[١]، وهو المراد بقولهم: (فاسد العقد كصحيحه في ضمان القيمة).

فَمَن باع داراً بيعاً فاسداً وبناها المشتري فعليه قيمتها؛ لأنّ البناء والغرس مِمّا يقصد به الدّوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حقّ الاسترداد؛ كالبيع، بخلاف حقّ الشّفيع؛ لأنّه لم يوجد منه التّسليط، ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه؛ فكذا ببنائه[٢].

قال في شرح الرّسالة: ((صداق المثل في النّكاح؛ كالقيمة في البيوع يرجع إليه عند الفساد ونحوه))[٣].

وإن كانت الكتابةُ فاسدةً بالشّرط الفاسد؛ فللمولَى أن يفسخ الكتابة بغير رضا العبد، ويردّه إلى الرّقّ، وليس له الفسخ في الصّحيحة إلاّ برضا العبد، وللعبد أن يفسخ في الصّحيحة والفاسدة جميعاً بغير رضا المولى لأنّ الفاسدة غير لازمة في حقّهما جميعاً، ولا يثبت بها شيءٌ من الأحكام؛ لأنّ التّصرّف الباطلَ لا وجود له إلاّ من حيث الصّورة؛ كالبيع، والصّحيحة لازمةٌ في حقّ المولى غير لازمةٍ في حقّ العبد[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٢١/٣، و٦٠٩، و٦٣٣، و٣٧٨/٤، والهداية ٥١/٣، و٥٢.

(٢) انظر: الهداية ٥٢/١، ومختصر خلل ص ١٧٧، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٥٤/٦، و٢٦٣.

(٣) شرح الإمام زروق على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٣٦/٢.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٦٣٣/٣، ٦٣٤.

من تطبيقات القاعدة:

١-الشّروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة العائدة بجهالة نصيب كلّ واحدٍ منهما، كأن يتّفقا على أن يأخذ ربُّ الأرض مِثْلَ بَذْرِه، ويقتسما ما بقي، لم يجز، أو يشترط أحدهما نصيباً فيه غررٌ؛ فهذه تفسدها؛ لأنّها تعود إلى غررٍ في المعقود عليه، فأشبه البيع بِثَمنٍ مجهولٍ، وهي من الشّروط الفاسد التي تعود ببطلان أصل العقد[1].

٢-ولو كاتب عبده على ألف درهم، وشرط عليه أن يخدمه ولم يبيِّن مقدار الخدمة؛ فإنّ هذا الشّرط فاسدٌ لجهالة في منفعة الْمُكَاتب ممّا يؤدِّي إلى الغرر، فيفضي إلى التّنازع والاختلاف، ولأنّه شرطٌ ينافي مقتضى العقد، أشبه ما لو شرط مِيرَاثه، ولكن العقد يبقى صحيحاً؛ فيعتق؛ لأنّ الشّرط ليس داخلاً في صلب العقد، ويمكن تصحيحه بتحديد مقدار الخدمة وهو على خلاف القاعدة[2].

٣-وإن شرط ما ينافي مقتضى الوقف؛ كأن يشترط أن يبيعه متَى شاء، أو يَهَبهُ، أو يرجع فيه لم يصِحَّ الشَّرطُ ولا الوقف، وهذا مجمع عليه[3]؛ لأنّه من الشّروط الفاسدة التي ترجع ببطلان أصل العقد، وكذا يفسد إن شرط الخيار؛ لأنّه شرطٌ ينافي مُقتضى العقد فلم يصحَّ؛ كما لو شرط أنّ له أن يبيعه متَى شاء، ولأنّه إزالة مِلْكٍ لله

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٧، والفروق ٣/٢٦٥-٢٦٦، والمغنِي ٦/٣٩١، و٧/٥٦٥-٥٦٦، و٨/٥٣-٥٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٦١٠، والهداية ٣/٥٠-٥١، والاستذكار ٦/٤٢٧-٤٢٨، والمغني ٦/١٦٧، و٧/١٧٩، و١٤/٥٧١، والمحلّى ٨/٢٤٥.

(٣) حكَى الإجماع ابن قدامة في المغني ٨/١٩٢.

تعالى، فلم يصحّ اشتراط الخيار فيه كالعتق، ولأنّه ليس بعقد مُعَاوَضَة فلم يصحَّ اشتراط الخيار فيه كالهبة[١]، ولكن يمكن تصحيح العقد إذاً أسقط المشترط شرطه الفاسد.

٤–وإنْ شرط في الوقف أن يُخرِجَ مَنْ شاء من أهل الوقف، ويُدْخِل مَنْ شاء من غيرهم لم يصحَّ؛ لأنّه شرطٌ ينافي مقتضى الوقف فأفسده، كما لو شرط أن لا ينتفع به[٢]، وإذا أسقط المشترط شرطه انقلب صحيحاً.

٥–مَنْ باع واستثنَى منها شيئاً، ينظر؛ فإن كان المستثنَى لا يجوز إفراده بالبيع؛ فالبيع في المستثنَى منه فاسدٌ، كما ولو باع حاملاً واستثنَى ما في بطنها لا يجوز؛ لأنّه لا يجوز إفراده بالبيع، ويفضي إلى التّنازع والاختلاف فيرجع ببطلان أصل العقد[٣].

٦–من العقد المشتمل على شرط فاسد يفسد العقد بيعُ العُرْبَان، وصورته: أن يشتري الرّجلُ شيئاً فيدفع إلى المبتاع من ثَمن ذلك المبيع شيئاً على أنّه إن نفّذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثَمن السّلعة، وإن لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثّمن عند البائع و لم يطالبه به، وإنّما صحّ المنع منه؛ لأنّه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال

---

(١) انظر: المغني ١٩٢/٨-١٩٣.

(٢) انظر: المغني ١٩٣/٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٧/٤، والهداية ٤٩/٣، والمعونة ٩٧٠/٢، والاستذكار ٢٧٤/٥-٢٧٥، وبداية المجتهد ٣١٤/٣، و٣١٥، ومعالم السّنن ٦٩٤/٣، وعارضة الأحوذي ٢٨٧/٥، وشرح مسلم ٤٣٧/١٠، والمغني ٥٥٥/١٤، والقواعدالنّورانية ص٢٩١، و٢٩٣-٢٩٤، وشرح منتهى الإرادات ١١/٥.

بغير عوضٍ، فيدخل في بيع الثّنيا المنهي عنه إلاّ أن تُعْلَمَ[١]، وينبغي أن يتصحّح العقد إذا أسقط المشترط شرطه، وأمّا لو عَرْبَنَه على أن يُحسبَ عربانه مِنْ ثَمن سلعته إنْ تَمَّ البيع، وإلاّ ردَّه، وهذا وجهٌ جائزٌ عند الجميع[٢].

٧-إذا شرط في الرّهن أنّه متَى حَلَّ الحقُّ ولم يُوَفِّنِي؛ فالرّهن لِي بالدَّين، أو فهو مَبيعٌ لي بالدَّين الذي عليك، فهو شرطٌ فاسدٌ مُفْسِدٌ؛ لأنّه شرطٌ منهيٌ عنه؛ لقوله ﷺ: «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ»[٣]، أي: ليس يَغلقُ الرّهن، بِمعنَى: لا يأخذه المرتهن إذا حلّ الأجل بِما له عليه، ولا يكون أولى به مِنْ صاحبه، ولأنّه علَّق البيع على شرطٍ؛ فإنّه جعله مبيعاً وشَرَطَ أن لا يُوفِّيه الحقّ في محلّه، والبيع المعلَّق بشرطٍ لا يصح، وإذا أسقط المشترط شرطه ارتفع عنه الفساد.

٨-إذا كاتب جاريةً على ألف درهمٍ، وشرط أن يطأها ما دامت مُكاتَبَةً، أو شرط أن يطأها مرّة؛ فالكتابة فاسدة؛ لأنه شرطٌ فاسدٌ لكونه مخالفاً لمقتضى العقد؛ ولأنّ عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطأ، ولأنّ هذا الشّرط داخلٌ في صلب العقد؛ لدخوله في البدل؛ حيث جعل بدل الكتابة ألف درهم ووطئها؛ ففسدت المكاتبة؛ لأنه رجع ببطلان أصل العقد[٤].

---

(١) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦]، في التّطبيق رقم: (٢٨).
(٢) انظر: التّطبيق رقم: (٢٨) من القاعدة [٣٦].
(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦] التّطبيق رقم: (٢٩).
(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٨/٣-٦٠٩، والهداية ٥٠/٣-٥١، والاستذكار ٣٩٥/٦.

٩-إذا كاتب جاريةً وهي حامل على ألف درهم، وشرط أنّ ما في بطنها من ولدٍ فهو له وليس في عقد المكاتبة، أو كاتب أمةً على ألف درهم، بشرط أنّ كلّ ولدٍ تلده فهو للسّيد؛فالمكاتبة فاسدةٌ؛لأنّه شَرَطَ شرطاً مخالفاً لموجَب العقد؛ إذ موجَبُهُ أن يكون كلّ ولدٍ تلده يكون مكاتباً تبعاً لها؛ فكان شرطاً فاسداً؛ ويفسد العقد؛ لأنّه شرطٌ داخلٌ في صلب العقد؛ لكونه يرجع إلى البدل؛ فيوجب فساد العقد[١].

١٠-ولو كاتبه على ألف درهمٍ مُنَجَّمةً، وشرط عليه إن عجز عن نجمٍ منها فمكاتبته تكون ألفي درهم، فالشّرط فاسدٌ؛ لأنّه شرطٌ اشتمل على محظورٍ شرعيٍّ، وجه ذلك: اشتماله على صفقتين في صفقة، وقد نهى النّبيّ ﷺ عن بَيعَتَين في بَيْعَة[٢]، ويفسد العقد؛ لتمكّن العذر في البدل وهو في صلب العقد؛ لأنّه لا يدري أنّه يعجز أو لا يعجز، وتمكن الجهالة فيه جهالةً فاحشةً؛ فيفسد العقد[٣].

١١-لو اشترى الرّجلُ جاريةً من الرّجل، واشترط البائع عليه أن تَخدمه؛ فالبيع باطلٌ؛ لفسادالشّرط لكونه يفضي إلى محظورٍ شرعيٍّ وهو الخلوة المحرّمة بها،والخطر برؤيتها، وصُحْبَتِها، ولا يؤمن عليها، ولذلك مُنعَت إعارةُ الجاريةِ الشّابةِ لغير محرمها[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٦١٠، والهداية ٣/٥٠-٥١.

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦]، الضّابط الثّالث.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٦١٠، والهداية ٣/٤٩-٥١، والاستذكار ٦/٤٢٧-٤٢٨، والمغني ٦/٤٤، و١٦٧، و٤٣٦، و٧/١٧٩.

(٤) انظر: المغني ٦/١٦٧، و٤٣٦، و٥٠٦، والشّرح الكبير ١١/٢١٥.

١٢-وكذلك لو باع أمةً واستَثْنَى البائع وطأها؛ لم يجز سواء كان الْمُدَّةُ معلومةً أم غير معلومة؛ لأنّ الوطأ لا يُباحُ في غير مِلْكٍ أو نَكاحٍ[١].

١٣-استدلّ بعض العلماء المعاصرين بهذه القاعدة على جواز الاستفادة من بطاقات الائتمان إذا تضمّن عقدُ إصدارها شرطاً ربويّاً فاسداً، وذلك إذا اتّخذ ذلك الشّخصُ الإجراءات الكافية للتّحلّل من هذا الشّرط حتّى لا ينطبق عليه، قال في مجلّة مجمع الفقه الإسلامي: ((وقد وجدت أنا -مقدِّم البحث- مستنداً شرعيّاً في هذا، وهو أنّ الشّرط الباطل مهدر الاعتبار، ولو كان مُوَثَّقاً ومكتوباً؛ فإنّه في نظر الشّرع لا قيمة له... معنَى هذا الحديث -حديث قصّة بريرة-: لا تبالي بهذا الشّرط؛ لأنّه اشتراطٌ مُخالِفٌ للحقّ؛ فليس المراد من هذا الإباحة، وإنّما المقصود الإهانة وعدم المبالاة بالاشتراط، وأنّ وجوده كعدمه))[٢].

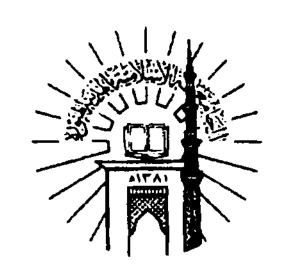
---

(١) انظر: المغني ٦/١٦٨.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلاميِّ ع٧، ج١، ص ٦٦٠، بَحث مقدّم للمجمع، تقديم الدّكتور عبد السّتار أبو غدة، وقد نوقش رأيه هذا، انظر: المرجع نفسه ص ٦٦٦، و٦٧٠، و٦٧٢-٦٧٣.

فهرس محتويات الجزء الثاني

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
عمادة البحث العلمي
رقم الإصدار : (١١٥)



القواعد والضوابط الفقهية

من خلال كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

لابن رشد الحفيد (٥٩٥ هـ)

جمعاً ودراسة

تأليف الدكتور
عبد الوهاب بن محمد جامع إيليش

الجزء الثالث

الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

ⓗ الجامعة الإسلاميّة ، ١٤٣٠ هـ

فهرس مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

ايليشين، عبد الوهاب بن محمد جامع

القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ) جمعاً ودراسة

عبد الوهاب بن محمد جامع ايليشين ـ المدينة المنورة ، ١٤٣٠ هـ

٢١٦٦ ص ، ١٧ × ٢٤ سم

ردمك : ٤ ـ ٦٠٨ ـ ٠٢ ـ ٩٩٦٠ ـ ٩٧٨

١ ـ الفقه الإسلامي ـ مذاهب ـ تاريخ أ ـ العنوان

ديوي ٢٥٨ ١٤٣٠/٥٦٠١

رقم الإيداع: ١٤٣٠/٥٦٠١

ردمك : ٤ ـ ٦٠٨ ـ ٠٢ ـ ٩٩٦٠ ـ ٩٧٨

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه نوقشت في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة وحصلت على تقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى







المبحث الرّابع: القاعدة التّاسعة والثّلاثون [٣٩]:

[القَبْضُ شرطٌ مِنْ شروطِ العقد أو حُكمٌ من أحكام العقد]

القاعدة مأخوذةٌ من قول ابن رشد مُبَيِّناً مبنَى الخلاف في مسألة وقت ضمان المبيعات؛ حيث قال: «الجملة الثّانية: في وقت ضمان المبيعات، واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع، أنّى تكون خسارته إن هلك منه؛ فقال أبو حنيفة والشّافعي: لا يضمن المشتري إلاّ بعد القبض[١].

وأمّا مالك فله في ذلك تفصيلٌ، وذلك أنّ المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام: بيعٌ يجب على البائع فيه حقّ توفية من وزنٍ أو كيلٍ وعدد، وبيعٌ ليس فيه حقّ توفية، وهو الْجِزَاف[٢]، أو ما لا يوزن ولا يكالٍ ولا يُعَدُّ.

فأمّا ما كان فيه حقّ توفية فلا يضمن المشتري إلاّ بعد القبض.

وأمّا ما ليس فيه حقّ توفية وهو حاضرٌ فلا خلاف في المذهب أنّ ضمانه من المشتري وإِنْ لَم يقبضه[٣].

---

(١) انظر: الهداية ٣/٤٠-٤٣، و٥١-٥٣، والمهذّب ٢/٢٢، و٤١، و٤٤، والمجموع ٩/١٩٢.

(٢) الْجِزَاف، والْجُزاف، والْجَزَاف، والكسر أفصح وأشهر، وهو بيع الشّيء وشراؤه من غير كيلٍ ولا وزنٍ ولا عدٍّ بلا ولا تقدير.
انظر: المصباح المنير ص ٣٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٤٢، وشرح مسلم ١٠/٤١١، وفتح الباري ٤/٤١٢.

(٣) وبهذا التّفصيل قال الحنابلة. قال الخرقي في مختصره ٦/١٨١، ١٨٥: «وإذا وقع البيع على مكيلٍ أو موزونٍ، أو معدودٍ فَتَلِفَ قبل قبضه فهو مِن مال البائع، وما =

وأمّا المبيع الغائب فعن مالك في ذلك ثلاث روايات:

أشهرها: أنّ الضّمان من البائع إلاّ أن يشترطه على المبتاع.

والثّانية: أنّه من المبتاع إلاّ أن يشترطه على البائع.

والثّالثة: الفرق بين ما ليس بِمأمونِ البقاء إلى وقت الاقتضاء؛ كالحيوان والمأكولات، وبين ما هو مأمون البقاء[1].

والخلاف في هذه المسألة مَبْنِيّ على: **آلقبض شرطٌ من شروط العقد أم حكمٌ من أحكام العقد، والعقد لازمٌ دون القبض؟**

فَمَن قال: القبض من شروط صحّة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تُعبِّر في هذا المعنَى؛ كان الضّمان عنده من البائع حتّى يقبضه المشتري، ومَنْ قال: هو حكمٌ لازمٌ من أحكام المبيع والبيع وقد انعقد ولزم»[2]، فالقاعدة مُستنبطةٌ.

توثيقها:

هذه القاعدة ورد مفادها في كتب أهل العلم منها:

ماجاءفي بدائع الصّنائع: «والأصل:أنّ كلّ عوضٍ مُلِكَ بِعَقْدٍينفسخُ فيه العقدُ بِهلاكه قبل القبض،لا يجوز التّصرّف فيه؛ كالمبيع، والأجرة، وبدل الصّلح إذا كان منقولاً معيَّناً.

=

عداه فلا يُحتاج فيه إلى قبض، وإنْ تَلفَ فهو منْ مالِ الْمُشتري».

وانظر: المعونة ٩٦٩/٢، والمقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف١١/٤٩٣-٥١٠، وشرح منتهى الإرادات ١٣٠/٣-١٣١.

(١) انظر: المعونة ٩٦٩/٢، ومواهب الجليل ٣٠٩/٦-٣١١، والمغني ١٩٢/٦، وقواعد ابن رجب ق (٤٣، و٤٦-٤٩) ص٢٢٠-٢٢٣.

(٢) بداية المجتهد ٣٥٤/٣-٣٥٥.

وكلّ عِوَضٍ مُلكَ بعَقْدٍ لا ينفسخ العقدُ فيه بِهلاكه قبل القبض يَجوز التّصرّف فيه؛ كالمهر، وبدل الخلع، وبدل العتق، وبدل الصّلح عن دم العمد.

وفقه هذا الأصل ما ذكرنا؛ أنّ الأصل هو الصّحّة في التّصرّف الصّادر من الأهل، المضاف إلى المحلّ، والفساد بِعارض غرر الانفساخ، ولا يُتَوَهَّم ذلك في هذه التّصرّفات؛ لأنّها لا تَحتمل الفسخ؛ فكان القول بجواز هذه التّصرّفات عملاً بالأصل، وأنّه واجبٌ، وكذلك الميراث يَجوز التّصرّف فيه قبل القبض؛ لأنّ معنَى الغرر لا يتقرّر فيه، ولأنّ الوارث خَلَفُ الميّت في ملك الموروث، وخَلَفُ الشّيء قائمٌ مقامه، كأنّه هو، فكان الموروث قائمٌ، ولو كان قائماً لَجاز تصرّفه فيه كذا الوارث...))[١].

قال في الذّخيرة: ((سبع عشرة مسألة لا تَتمُّ إلاّ بالقبض: الرّهن، والْحُبُس، والصّدقة، والهبة، والعُمرَى، والعطية، والنّحل، والعرية، والْمنحة، والهدية، والإسكان، والعارية، والإرفاق، والعِدَة، والإخدام، والصّلة، والْحباء))[٢].

ما جاء في المجموع: ((البيوع التي يُشتَرَطُ فيها التّقابض في المجلس؛ كالصّرف، وبيع الطّعام بالطّعام، أو القبض في أحد العِوَضَين؛ كالسَّلَم لا يَجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف، مع أنّ خيار المجلس يثبت فيها))[٣].

---

(١) بدائع الصّنائع٤/٣٩٦-٣٩٧،و٥٠٩،وانظر:المهذّب٢/٢٢-٢٣،وقواعد ابن رجب ص٢٣١، و٢٣٧.

(٢) الذّخيرة ٨/١٠١، وانظر منه: ٦/٢٤٣، و٢٤٥، و٨/٤٢، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/١/٤٩٩.

(٣) المجموع للنّووي ٩/١٣٩.

وفيه -أيضاً-: «القبض حكمٌ من أحكام العقد»[١]، ذكره دليلاً لصحّة قول الشّافعية في نقد الثّمن -أي: تسليمه إلى البائع- في بيع الخيار.

ما جاء في فتح الباري: «والأصل في ذلك اشتراط القبض في صحّة البيع»[٢]، يعني: أيشترط القبض في صحّة عقد البيع، أم لا إنّما يكون حكماً من أحكامه؟

ما جاء في الأشباه والنّظائر: «من العقود ما لا يشترط فيها القبض، لا في صحّة، ولا في لزومه، ولا استقراره، ومنها: ما يشترط في صحّته، ومنها: ما يشترط في لزومه، ومنها: ما يشترط في استقراره.

فالأوّل: النّكاح، لا يشترط قبض المنكوحة، والحوالة: فلو أفلس المحال عليه، أو جحد، فلا رجوع للمحتال، والوكالة، والوصيّة، والجعالة، وكذا الوقف على المشهور، وقيل: يشترط.

والثّاني: الصّرف، وبيع الرّبوي، ورأس مال السَّلَم، وأجرة إجارة الذّمة.

والثّالث: الرّهن، والهبة.

والرّابع: البيع، والسَّلَم، والإجارة، والصّداق، والقرض، يشترط القبض فيه للملْك لكنّه لا يفيد اللّزوم؛ لأنّ للمقرض الرّجوع ما دام باقيا بحاله»[٣].

ما جاء في المختصر: «وإذا وقع البيعُ على مكيلٍ، أو موزونٍ، أو

---

(١) المجموع للنّووي ١٦٢/٩.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٤١٣/٤، بعد أن نقل قول ابن حبيب في اختلاف العلماء فيمَن باع عبداً واحتبسه بالثّمن فهلك في يديه قبل أن يأتي المشتري بالثّمن.

(٣) أشباه السّيوطي ص ٤٧١.

معدود؛ فتلف قبل قبضه فهو من مالِ البائع، وما عداه فلا يُحتاج فيه إلى قبضٍ، وإن تَلِفَ فهو من مالِ الْمُشتَرِي»[١]؛ حيث مفاد كلامه أنّ من العقود ما يعتبر القبض شرطاً من شروطها، ومنها ما يعتبر القبض فيها حكماً من أحكامها.

ما جاء في المغنِي: «فصل: والعقود على أربعة أضرب: أحدها: عقدٌ لازمٌ يُقْصَدُ منه العوَضُ، وهو البيع وما في معناه، وهو نوعان:

أحدهما: يَثْبُتُ فيه الخياران: خيار الْمَجْلس وخيار الشّرط، وهو البيع فيما لا يُشْتَرَط فيه القبضُ في الْمَجلس، والصّلح بِمَعَنى البيع، والهبة بعوضٍ على إحدى الرّوايتين.....،

النّوع الثّاني: ما يُشْتَرَطَ فيه القبض في الْمَجلس؛ كالصَّرف، والسَّلَم، وبيع مال الرّبا بِجنسه...»[٢]؛ حيث أفاد أنّ من العقود ما يُشْتَرَطُ فيها القبضُ في مجلس العقد ومنها ما لا يُشْتَرَط فيه.

ما جاء في تقرير القواعد: «القبض في العقود على قسمين:

أحدهما: أن يكون من موجب العقد ومقتضاه؛ كالبيع اللازم، والرّهن اللازم، والهبة اللازمة، والصّداق، وعوض الخلع؛ فهذه العقود تلزم من غير قبضٍ، وإنّما القبض فيها مِنْ موجبات عقودها.

والثّانِي: أن يكون القبضُ مِنْ تَمام العقد؛ كالقبض في السَّلَم، والرّبويّات، وفي الرّهن، والهبة، والوقف على روايةٍ، والوصيّة على وجهٍ، وفي بيعٍ غير المعيَّن...»[٣].

---

(١) مختصر الخرقي ١٨١/٦، و١٨٥.
(٢) المغنِي لابن قدامة ٤٨/٦-٤٩، وانظر: ١١٢.
(٣) قواعد ابن رجب ق (٤٩) ص ٢٢٠.

شرح مفردات القاعدة:

القبض، لغة: من قَبَضَ الشَّيْءَ، أي: أَخَذَهُ، يقال: قَبَضَ المتاعَ وأَقْبَضتُهُ إيَّاه، وقَبَّضْتُه، وتَقَابَضَ الْمُتَبَايعَان، والقَبْضُ ضدُّ البسط، وبابه: ضَرَبَ، ويقال: صار الشّيء في (قَبْضِكَ) وفي (قَبْضَتِكَ)، أي: صار في مِلْكِكَ.

والقَبْضُ أيضاً: تناولُ الشّيء بجميع الكَفِّ، نحو: قَبَضَ السَّيفَ وغيره،قال الله -تعالى-: ﴿فَقَبَضْتُ قَبْضَةً﴾[1]؛ فَقَبْضُ اليَدِ على الشّيء جَمعها بَعْدَ تناوله، وَقَبْضُهَا عنِ الشّيء جَمعُها قبل تناوله، وذلك إمساكٌ عنه. ومنه قيل لإمساك اليَدِ عن البَذْل: قَبْضٌ، قال تعالى﴿وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ﴾[2]؛ أي: يَمْتَنعُون مِنَ الإنفاق[3].

ويُستعارُ القَبْضُ لتَحصيل الشّيءوإن لَمْ يَكُن فيه مُراعاةُ الكَفِّ؛كقولكَ:قَبَضْتُ الدَّارَ منْ فُلان،أي:حُزْتُهَا. قال -تعالى-: ﴿وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾[4]، أي: في حَوزهِ حَيثُ لا تَمليكَ لأحد[5].

والقبض في الاصطلاح الفقهي هو: حيازة الشّيء والتّمكين منه، والتّخلّي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادةً حقيقةً، سواء أكان مِمّا يمكن تناوله باليد أم لم يمكن، والمرجع في ذلك العرف[6].

---

(١) سورة طه، الآية: ٩٦.

(٢) سورة التّوبة، الآية: ٦٧.

(٣) انظر: أيسر التّفاسير ٣٩٢/٢.

(٤) سورة الزّمر، الآية: ٦٧.

(٥) انظر: المفردات ص٣٩٢، وطلبة الطّلبة ص٢٨٥، وأساس البلاغة ص٤٨٩، ومختار الصّحاح ص ٥١٩، والتّعريفات ص ١٧١، وتفسير السّعدي ص ٥١٢، و٧٢٩.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع٣٤٢/٤، والقوانين الفقهية ص١٩٠، و٢١٣، و٢٤٢، وحدود ابن =

قال في القواعد الجامعة: «ومِنَ الفروع: أنّ كلّ عقدٍ اشترط له القبضُ، أنّ القبض راجع إلى العرف»[١].

وهناك مصطلحاتٌ يستخدمها الفقهاء بِمعنَى القبض، ويصير بها المشتري قابضاً منها:

١-الْمناجزة، يستعمل هذا المصطلح فقهاء المالكيّة ويعنون به قبض عوضين عند العقد.

٢-الحيازة، مثل: قبضت الدّار من فلان، أي:حُزْتُها، وهي بِمعنَى القبض، قال في الرّسالة: «ولا تَتِمُّ هِبَةٌ ولا صدقةُ ولا حُبُسٌ إلاّ بالْحيَازة»[٢]، أي: إلاّ بالقبض.

قال في الاستذكار: «ومعنَى الْحِيَازة القبضُ بِما يُقْبَضُ به مثل تلك الْهبة»[٣].

٣-اليد، وهو التّقابض، يستخدم الفقهاء كلمة اليد بمعنَى القبض، قال في المغنِي: «...وأكثر ما فيه تَخَلُّفُ القبض، واليدُ ليست شرطاً في صحّة البيع»[٤].

=

عرفة ٣٩٨/٢، و٤١٦، والمجموع ٢٧٧/٢، و٢٠١/٩، والمغنِي ٣٨٩/١، و٨/٦، و١٨٨، و٢٠٣، والمحلّى ٢٨٦/٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٢٤.

(١) القواعد الجامعة للشّيخ السّعدي ص ٥٧٥، مع قواعد ابن رجب.

(٢) رسالة ابن القيرواني ص ٢٢٨، و٢٣١، وانظر: بدائع الصّنائع ١٧١/٥، و٢٠٠، و٢٠٥، والقوانين الفقهية ص٢١٣،و٢٤٢، وشرحي ابن ناجي وزروق٢/١٩٥-١٩٦، والمفردات ص٣٩٢.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٢٣٨/٦، وانظر: بداية المجتهد ١٦٣/٤، و١٦٤، والقوانين الفقهية ص ٢١٣، وفتح الباري ١٦٣/٥.

(٤) المغنِي لِموفّق الدِّين ابن قدامة ١٩٠/٦-١٩١.

٤-الاقتضاء، مثل: اقتضاء الدَّين: قَبْضُهُ، قال في الحدود: «الاقتضاء عرفاً قبضُ ما في ذمّة غير القابض»[(١)].

٥-الاستيفاء، كما في المكيل والموزون، والمطعوم والمعدود والمذروع، وقبض الرّهن قبض الاستيفاء[(٢)].

٦-النّقل والتّحويل، إذا كان المبيع جزافاً.

٧-الإتلاف، قال في بدائع الصّنائع: «وأمّا بيان ما يصير به المشتري قابضاً للمبيع من التّصرّفات وما لا يصير به قابضاً فنقول وبالله التّوفيق: المبيع لا يخلو إمّا أن يكون في يد البائع، وإمّا أن يكون في يد المشتري، فإن كان في يد البائع فأتلفه المشتري صار قابضاً؛ لأنّه صار قابضاً بالتّخلية فبالإتلاف أولى؛ لأنّ التّخلية تَمكينٌ من التّصرّف في المبيع، والإتلاف تصرُّفٌ فيه حقيقةً، والتّمكين من التّصرّف دون حقيقة التّصرّف»[(٣)].

وقال في المجموع: «ولأنّ العتق إتلافٌ للمالية، والإتلاف قبضٌ»[(٤)].

وقال في الشّرح الكبير: «فصل: وما يحتاج إلى القبض إذا تَلِفَ قبل قبضه، فهو من ضمان البائع، فإن تَلِفَ بآفةٍ سماويةٍ بطل العقد، ورجع

---

(١) حدود ابن عرفة ٣٤٤/١، و٣٩٨/٤، وانظر: القوانين الفقهية ص ١٩٠، وطلبة الطّلبة ص ٢٨٥، وأساس البلاغة ص ٤٨٩.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٢١/٣، و٤٣٥/٤، و٢٠٧/٥، وأشباه السّيوطي ص ٥٣٠، والمغني ١٨١/٦.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٥٠١/٤، وانظر منه: ٥٨٩/٢، و٧٥/٤، و٤٩٠، و٤٩٣، و٥١١، و١٦٥/٦، وعقد الجواهر ٧٢٢/٢، والمهذّب ١١٨/٢، والمجموع ١٤٦/٩، و١٥٩، وقواعد الأحكام ٨٧/٢، والمغني ١٨٤/٦، وفتح الباري ٣٩٤/٤.

(٤) المجموع للنّووي ١٩٨/٩، و٢٠٥.

المشتري بالثّمن، وإنْ تَلفَ بفعل المشتري استقرّ عليه الثّمن، وكان القبض؛ لأنّه تصرّفٌ فيه»[١].

٨- الإسقاط، إذا تَصَرَّفَ مَنْ له حقّ القبض بالإسقاط؛ فإنّه يعتبر قبضاً، قال في بدائع الصّنائع: «...أنّها بالهبة تصرّفت في المهر بالإسقاط، وإسقاط الدَّين استهلاكه، والاستهلاك يتضمّن القبض، فصار كأنّها قبضت ثم وهبت»[٢].

٩- التّعييب، وهو كلّ ما ينقص ثمن المبيع عند التّجار وأرباب الخبرة، فإذا عيّب المشتري معقوداً عليه؛ فإنّه يعتبر قبضاً، قال في بدائع الصّنائع: «وكذلك لو قطع يده أو شجّ رأسه، وكلّ تصرّفٍ نَقَصَ شيئاً؛ لأنّ هذه الأفعال في الدّلالة على التّمكين فوق التّخلية، ثم بالتّخلية صار قابضاً فهي أولى، وكذلك لو فعل البائع شيئاً بأمر المشتري؛ لأنّ فعله بأمر المشتري بِمنْزلة فعل المشتري نفسه»[٣]، ولأنّ تعيُّب المبيع في يد المشتري يَمنع الرّد ويلزم البيع[٤].

١٠- إيداع المبيع عند المشتري، أو إعارته منه، وكذا لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي، أو أعاره وطلب من البائع تسليمه إليه يصير قابضاً له[٥].

---

(١) الشّرح الكبير لشمس الدِّين ابن قدامة المقدسي ١١/٤٩٩، وانظر: وبدائع الصّنائع ٤/٤٨٩-٤٩٥، وحاشية الدّسوقي ٣/١٤٧، والمغني ٦/١٨٤.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٥٩١.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٥٠١، وانظر: ٥٨، و٤/٤٩٣-٤٩٤، و٥٢٦، وعقد الجواهر ٢/٧٢٢.

(٤) بدائع الصّنائع انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٤١، و٥٦٤.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٠٢، والمجموع ٩/١٦٠.

١١-اتّباع الجانِي بالضّمان، كما لو جنَى أجنَبِيٌّ على المبيع فاختار المشتري اتّباع الجاني بالضّمان كان اختياره بِمَنْزلة القبض[(١)].

١٢-القبض السّابق، والمراد به أن يكون المقبوض بيد شخصٍ قبل أن يستحقّ قبضه بالعقد،إمّا بالرّهن، أو الإعارة،أو الإيداع، أو الإيجار، أو الغصب[(٢)]، ثم باعه عليه المالك، فإنّه يعتبر قابضاً بِمجرّد العقد مُكتفياً بالقبض السّابق، هذا عند المالكيّة والحنابلة وقول للحنفية[(٣)].

وجه ذلك أنّ نيابة القبض السّابق مناب القبض اللاحق المستحقّ بالعقد؛ لأنّ استدامة القبض قبضٌ حقيقةً؛ إذ المراد بالقبض في العقد هو إثبات اليد، والحيازة مع التّمكّن من التّصرّف في الشّيء المقبوض، وقد وُجِدَ؛ فثبت القبض[(٤)].

واشترط الحنفيّة لاعتبار القبض السّابق؛ التّجانس بينهما في الضّمان وعدمه؛ لأنّ التّجانس يقتضي التّشابه، والمتشابهان ينوب كلّ واحدٍ منهما

---

(١) وذلك عند أبي يوسف من الحنفية. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٩٠، و٥٠٢، و٥١٨.

(٢) الغصب هو: إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه. انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٣١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٩٩، و٥/١٦٩، و١٨١، وعقد الجواهر ٢/٧٢٢، والمهذّب ٢/١٤٦، وقواعد ابن رجب ق (٤٣، و٤٩).

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣/١٢٠، و٤/٣٩٥-٣٩٦، و٣٩٩، و٥/١٦٩، و١٨١، و٢٠٥، والهداية ٣/٣٤، والاستذكار ٦/٣١٦، وبداية المجتهد ٤/٥٤، وعقد الجواهر ٢/٧٧٣، والذّخيرة ٨/٧٧، و١٢٤-١٢٥، والقوانين الفقهية ص ١٦٦، و٢١٣، وحاشية الدّسوقي ٣/١٤٥، والمهذّب ٢/٢٧، و١٣٤-١٣٥، و١٤٦، و١٤٨-١٥٠، والمجموع ٩/١٩٣، و٢٠٤، و٣٦، و١٢/٢٥٧، وفتح الباري ٥/٢٦٢، والمغنِي ٦/١١٣، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٢/٣٦٥-٣٦٦، وقواعد ابن رجب ص ٢٢١.

مناب صاحبه، ويسدّ مسدّه، سواء كان البيع حاضراً أم غائباً، أو كون القبض السّابق أقوى من اللاحق لا العكس، فإذا اختلف القبضان؛ حيث أحدهما قبض أمانة –مثل يد المقارض المرتهن والمودَع والمستعير- والآخر قبض ضمان –مثلٍ يد الغاصب- وهو أقواهما ناب الأعلى عن الأدنى؛ فينظر، إن كان القبض السّابق أقوى من اللاحق المستحقّ بأن كان قبض ضمان فينوب عنه؛ لأنّ به يوجد القبض المستحقّ وزيادة، وإن كان العكسُ فلا ينوب عنه؛ لانعدام القبض المحتاج إليه. وبه قال الحنفيّة[1].

كما اشترط الشّافعيّة لاعتبار القبض السّابق؛ الإذن من صاحبه، ومضي زمانٍ يتأتّى فيه القبض إذا كان الشّيء غائباً عن مجلس العقد؛ لأنّه لو لم يكن في يده لاحتاج إلى مضي هذا الزّمان ليحوزه ويتمكّن منه؛ ولأنّ دوام اليد كابتداء القبض[2].

وما ذهب إليه المالكيّة والحنابلة من اعتبار القبض السّابق قبضاً هو الصّحيح الرّاجح في نظري؛ لأنّ ما قرّره الحنفيّة والشّافعيّة لا يَمنع من وقوع حقيقة القبض الذي هو إثبات اليد والتّمكّن من التّصرّف في المعقود عليه المقبوض. والله – سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

شروط العقد: هي ما يلزم من عدمها عدم وجود العقد، ولا يلزم من وجودها وجود العقد.

وبعبارةٍ أخرى: ما تَتَوَقَّفُ صِحَّةُ أيّ عقدٍ عليه إن لم يكن عــذرٌ،

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٢/٤، و٣٩٩، و٥٠٤-٥٠٥، و١٦٩/٥، و١٧٦، و١٨١، و١٩٧، و٢٠٥.

(٢) انظر: المهذّب ١٤٦/٢-١٤٧، والمجموع ٢٠٥/٩، و٢٥٣/١٢-٢٥٦، و٢٥٧.

وهو خارج مِنْ ماهيّته، ويجب قبله، وهي على أقسام[1]:

شرط جواز العقد وصحّته؛ مثل: اشتراط التّقابض في جواز صحّة عقد المصارفة في مجلس العقد، وبيع الرّبويّ، ورأس المال، وأجرة إجارة الذّمة.

وشرط اللّزوم؛ مثل: اشتراط التّقابض في لزوم عقد الرّهن والهبة.

شرط التّمام والاستمرار؛ مثل: اشتراط التّقابض لتمام واستقرار البيع والوقف.

ومن العقود ما لا يكون القبض فيها شرطاً أصلاً لا للجواز والصّحّة، ولا للزوم، ولا للاستقرار والتّمام كالنّكاح.

أحكام العقد: هي آثاره وثَمراته ونتائجه؛ إذ الحكم بالشّيء أن تَقْضِي بأنّه كذا أو ليس بكذا، سواء أَلْزَمْتَ ذلك غيرك أو لم تُلْزِمْه[2].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ مِنْ القواعد الهامّة في الفقه الإسلامي، ويدخل تحتها فروعٌ كثيرةٌ في أبواب عقود المعاملات تأتي دراسة ما اطّلعت عليها إن شاء الله تعالى؛ ذلك أنّ القبض يعتبر حقّاً من حقوق العقد إثباتاً أو إسقاطاً وانتقالاً؛ لأنّ الصّفقة لا تمام لها قبل القبض والتّمكّن من التّصرّف، ولا يدخل في مِلْك الإنسان شيءٌ ولا يخرج بغير اختياره[3]، وهو مقصد

---

(١) انظر: الفروق ٦٢/١، و١١٠، وفتح الباري ٤٥٢/٥، وشرح منتهى الإرادات ٢٧٧/١.

(٢) انظر: المفردات ص ١٣٤.

(٣) إلاّ في الإرث اتّفاقاً، والوصية إذا قيل: تُمْلَك بالموت لا بالقبول.

انظر: بدائع الصّنائع ٢٢/٤، و٣٨، و٤٣٤، و١٨٠/٥، والذّخيرة ١٢٢/٥، والقوانين الفقهية ص ١٦٤، والمجموع ٢٠١/٩-٢٠٥، وأشباه السّيوطي ص ٥٢٠، والمغني =

الْمُتَعَاقدين من العقد وغايتهما من حيث العموم، فيقابل التّسليمُ من جانب أحد المتعاقدين القبضَ من جانب الآخر، وهو الْمُسَمَّى بالتّقابض الذي لا تَتِمُّ الصّفقة إلاّ به.

قال في بدائع الصّنائع: «أمّا الأوّل -أي: وجوب تسليم الْمَبيع والثّمن- فتسليم البدلين واجبٌ على العاقدين؛ لأنّ العقد أوجب الْمِلْكَ في البدلين، ومعلومٌ أنّ الْمِلْكَ ما ثبت لعَينه، وإنّما ثبت وسيلةً إلى الانتفاع بالْمَمْلوك، ولا يتهيّأ الانتفاع به إلاّ بالتّسليم؛ فكان إيْجَاب الْمِلْك في البدلين شرعاً إيجاباً لتسليمهما ضرورةً؛ لأنّ معنَى البيع لا يَحصل إلاّ بالتّسليم والقبض؛ لأنّه عقدُ مُبادَلَة، وهو مبادَلَةُ شيءٍ مرغوب بشيءٍ مرغوب، وحقيقة المبادلة في التّسليم والقبض؛ لأنّها أَخذُ بَدَلٍ وإعْطَاءُ بدلٍ، وإنّما قول البيع والشّراء -وهو الإيجاب والقبول- جُعِلا دليلاً عليهما، ولهذا كان التّعاطِي بيعاً»[1].

والقاعدة تبيّن علاقة القبض بالعقد، أهو شرطٌ من شروط صحّة العقود إثباتاً كان أو إسقاطاً؛ بحيث لا يصحّ أو لا يلزم إلاّ بالقبض، أم هو حكمٌ من أحكامه يصحّ فيلزم وينفذ إثباته أو إسقاطه بدون القبض، وإن كان شرطاً فما نوع هذا الشّرط؟ وحصر هذه العلاقة في هذين الأمرين هو من حيث الغالب على جميع العقود عند الفقهاء، وإلاّ فهناك قولٌ يَجعل القبض ركناً من أركان بعض العقود، فيكون داخلاً في مُسمَّاه كما هو قولٌ عند الحنفيّة والحنابلة أنّ

=

٧/١٣٠، وإعلام الموقّعين ص ٣٠٩، وقواعد ابن رجب ص ٢٢١، ق (٤٩).

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٤٩٧.

القبض ركنٌ من أركان الهبة، وكذا الوصية[1].

ويتحصّل مِمّا تقدّم أنّ للقبض علاقةً وثيقةً بالعقد، وهذه العلاقة لا تخلو من حالين:

الحالة الأولى: أن يكون القبض أثراً من آثار العقد وحكماً من أحكامه، وموجباً من موجَباته، كما هو الحال في العقود اللازمة والهبة اللازمة والرّهن اللازم، فإذا وُجِدَ إيجابٌ من أحد المتعاقدين وقبولٌ من الآخر تَمّ العقد، ولا تترتّب صحّة العقد ولا لزومه على القبض، ويعتبر القبض حكماً من أحكام العقود اللازمة، وموجَباً من موجَباتها لا شرطاً.

الحالة الثّانية: أن يكون من شروط العقد، كما هو الحال في عقد السَّلَم؛ حيث يُشْتَرَط قبض الثّمن في مجلس العقد، وكما يشترط التّقابض يداً بيدٍ في الأموال الرّبويّة؛ حتّى لو أخّر الصّيرَفيُّ القبض ليقوم إلى داخل دكّانه ثم يفتح صندوقه لَما جاز العقد، فهو إذاً شرط انعقاد العقد، وإن كان يرى بعض الباحثين أنّه شرطٌ لتمام العقد لا شرط انعقاد، ولعلّ كونَهُ شرطَ انعقاد أصحّ؛ لأنّه لو كان لِتمام العقد لصحّ العقد بالإيجاب والقبول معلَّقاً على القبض؛ بحيث لو تصارفا وأوجبا العقد بالإيجاب والقبول لانعقد ثم يُتِمّانه بالتّقابض، وهذا لم يقل به أحدٌ حسب علمِي[2].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٩١، و٥/١٦٢، و١٦٣، و١٧١، و١٧٦، وقواعد ابن رجب ص ٢٢١.

(٢) وهناك قولٌ بأنّ القبض يكون ركناً من أركان العقد؛ كما هو قولٌ للحنفيّة =

ثَمرة علاقة القبض بالعقود:

تكمن أهمّية علاقة القبض بالعقود فيما يأتي[١]:

١-ثبوت المِلْكية وانتقالها؛ فحيث اشترط القبضُ لعقدٍ؛ فإنّ مِلْكيته باقيةٌ لصاحبها الأصليّ ولا تنتقل إلى المتعاقد إلاّ بالقبض، وما لا يشترط فيه القبض؛ فإنّ مِلْكيته تنتقل بِمجرّد العقد المنعقد بالإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر.

يَظهر أثر هذه الجزئية فيما قاله في بدائع الصّنائع: «لو باع ذِمّيٌّ مِنْ ذمّيٍّ خَمراً أو خنْزيراً، ثم أَسْلَمَا، أو أَسْلَم أحدُهما قبل القبض، يفسخ البيع؛ لأنّه بالإسلام حَرُمَ البيع والشّراء؛ فَيحرُم القبض والتّسليم أيضاً؛ لأنّه يشبه الإنشاء، أو إنشاء مِنْ وجه فيلحق به في باب الحرمات احتياطاً»[٢].

وأصله قوله -تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾[٣]،والأمر بترك ما بقي من الرّبا هو النّهي عن قبضه،

=

والحنابلة في عقد الهبة.

انظر: بدائع الصّنائع ٢٢/٤، و٣٨، و١٢٥، و٣٣٤، و٤٣٠، و٤٣٣، و٤٣٥، و٥٠٠-٥٠١، و٥٩١، و١٦٢/٥، و١٦٣، و١٧١، و١٧٦، و٥٦٤-٥٦٥، والقوانين الفقهية ص ١٦٤، وفتح الباري ٤٤٣/٤، والمغني ١١٢/٦، وقواعد ابن رجب ص ٢٢١، والتّقابض ص ٣٣.

(١) انظر:بدائع الصّنائع ٦٣٨/٣، و٣٨/٤، و٦٠، و١٢٩، و٤٤/٦، وعقد الجواهر ٧٢٠/٢، والذّخيرة ٢٤٥/٦، والقوانين الفقهية ص ١٦٤، والمهذّب ٨٤/٢، و١٣٨، والمغني ١٨١/٦-١٩٤، وقواعد ابن رجب ق (٥١).

(٢) ذكر القرافي تعليلاً آخر حيث قال في الذّخيرة ١٢/٤:«لأنّه مَمنوعٌ من التّسليم، والمنع الشّرعي كالحِسِّيّ؛ فيصير كالبيع المستحق قبل القبض».

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٧٨.

يؤيّده قوله تعالى في آخر الآية الشّريفة: ﴿ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾[1]، وإذا حَرُمَ القبض والتّسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة؛ فيبطله القاضي كَمَنْ باع عبداً فأبق قبل القبض.

ولو كان إسلامُهما أو إسلامُ أحدهما بعد القبض مضَى البيع؛ لأنّ الْمِلْكَ قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر، وإنّما يوجد بعد الإسلام دوام الْمِلْك، والإسلام لا ينافي ذلك»[2].

٢- أنّ العقود التي يشترط فيها القبض؛ كعقد المصارفة، لا ينتقل ضمانها إلى جانب المشتري حتّى يقبضها؛ لأنّ مِلْكها باق لصاحبها ولا يضمن ما لم يملكه، وأمّا التي لا يشترط فيها القبض؛ فإنَّ الضّمان ينتقل إلى المشتري بمجرّد العقد نفسه دون القبض، لثبوت مِلْكيتها له[3].

٣- جواز التّصرّف في المعقود عليه؛ فكلّ ما يشترط له القبضُ من العقود لا يجوز التّصرّف فيه ببيعٍ؛ لأنّه مِنْ ضمان بائعه فلم يَجُز بيعه، لا لبائعه ولا لغيره، وهذا مجمع عليه[4]، وكلّ ما لا يشترط له القبضُ

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٩.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٣٣٤-٣٣٥، و٥٩٠-٥٩١، وانظر: الذّخيرة ٤/١٢٠.

(٣) وقال الحنفية: كلّ مبيعٍ تَلِفَ قبل قبضه من ضمان البائع إلاّ العقار، سواء ما يشترط فيه القبض أم لا.

وقال الشّافعية: كلّ مبيعٍ من ضمان البائع حتّى يقبضه المشتري، سواء ما يشترط له القبض أم لا. وهو رواية عن الإمام أحمد. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٤-٣٣٥، و٥٩٠-٥٩١، وبداية المجتهد ٢/١٤٤، وأشباه السّيوطي ص ٣١٤، والمغني ٦/١٨٥-١٨٦.

(٤) سوف يأتي الكلام على التّصرّف في المعقود عليه قبل قبضه في فقرةٍ مستقلّة إن =

جاز التّصرّف فيه ببيعٍ ولو لم يقبضه؛ لأنّه مِنْ ضمانه فجاز له التّصرّف فيه[١].

قال في المختصر: «وإذا وقع البيعُ على مكيلٍ، أو موزونٍ، أو معدودٍ، فتلف قبل قبضه فهو مِنْ مال البائع، وما عداه فلا يُحتاجُ فيه إلى قبضٍ، وإنْ تلف فهو مِنْ مال المشتري، ومَنِ اشترى ما يَحتاج إلى قبضه، لم يَجُز بيعه حتّى يقبضه»[٢].

طريقة أو كيفية القبض:

أوّلاً: أنواع القبض والمقبوض:

ينقسم القبض إلى قبضٍ حِسِّيٍّ حقيقيٍّ؛ وهو الذي يدرك بالحسّ ولا يتحقّق إلاّ بالنّقل، كما في حالة الأخذ باليد مناولةً، وقبضٍ حكميٍّ؛ وهو التّخلية والتّخلّي، ويقوم القبض الحكمي مقام الحقيقيّ الحسيّ في جميع المعقود عليه، منقولاً كان أو غير منقولٍ بناء على ما ترجّح في مسألة كيفية القبض[٣].

والمقبوض الذي هو المعقود عليه بطبيعة الحال ينقسم من حيث النّقل وعدمه إلى غير منقولٍ -وهو العقار- ومنقولٍ، وهل القبض في

=

شاء الله تعالى.

(١) وهناك رواية عن الإمام أحمد أنّه لا يجوز بيع كلّ شيء قبل قبضه، وهو قول الحنفية والشّافعية، إلاّ أنّ الحنفية أجازوا بيع العقار قبل قبضه. انظر: المراجع السّابقة.

(٢) مختصر الخرقي ١٨١/٦، و١٨٥، و١٨٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٩٨/٤، و٢٠٤/٥-٢٠٥، وشرح حدود ابن عرفة ٣٤٤/١، وفتح الباري ٢٦٧/٥.

القسمين سواء أم يختلف باختلافهما؟

طريقة أو كيفية قبض غير المنقول (العقار):

اتّفق الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة والظّاهريّة في الجملة على أنّ قبض العقار يكون بالتّخلية والتّمكين من التّصرف، فإن لم يتمكّن منه بأن منعه شخصٌ آخر من وضع يده عليه، فلا تعتبر التّخلية قبضاً[١].

وقد أضيف بعض القيود أو الشّروط، فاشترط الحنفيّة أن يكون العقّار قريباً، فإن كان بعيداً فلا تعتبر التّخلية قبضاً، وهو رأي الصّاحبين وظاهر الرواية والمعتمد في المذهب، خلافاً للإمام أبي حنيفة، فإنه لم يعتبر القرب والبعد[٢].

كما قَيَّدَ الشّافعيّة قولهم بما إذا كان العقّار غير معتبر فيه التقدير، أما إذا كان التقدير معتبراً فيه كمن أشترى أرضاً مذارعة، فلا تكفي التخلية مع التمكين، بل لا بدّ مع ذلك من الذّرع[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٢/٦١٧،و٣/٤٨٦،و٤/٣٤١، و٣٧٣،و٣٨٤، و٣٩٤، و٤٩١، و٤٩٨-٥٠٤، و٥/١٧١، و١٨٧، و٢٠٤، و٢٠٥، والرسّالة ص ٢١١، والتّلقين ص ٣٧١، و٣٧٧، والاستذكار ٥/٣٦٥، و٣٨٢، وعقد الجواهر ٢/٧٢١، و٧٧٢، والذّخيرة ١/١٦٠، و٥/١٢٠، ١٣٣، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/١٠٩، وشرح حدود ابن عرفة ١/٣٤٤، وحاشية الدّسوقي ٣/١٤٥، والمهذّب ٢/٢٣، و١٤٧، والمجموع ٩/٢٠١-٢٠٧، وقواعد الأحكام ٢/٨٤، وأشباه السّيوطي ص ٥٣٠، والمغني ٦/١٨٦، و١٨٨، و٤٥٠، و٨/٢٤٧، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٥١٢-٥١٥، وإعلام الموقّعين ص ٥٤٥، وقواعد ابن رجب ق (٤٣، و٤٩، و٥١)، ومراتب الإجماع ص ٨٣، والمحلّى ٧/٢٨٦، وانظر: أيضاً فتح الباري ٤/٣٩٣، و٤١٠، و٥/٢٦٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٩٨-٥٠٤، و٥/١٧١، و١٨٧، و٢٠٤.

(٣) انظر: المهذّب ٢/٢٣، والمجموع ٩/٢٠١-٢٠٢، و٢٠٥-٢٠٦.

وقد ألحق الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة الثّمر على الشّجر بالعقّار في اعتبار التّخلية مع ارتفاع الموانع قبضاً له، لحاجة النّاس إلى ذلك وتعارفهم عليه(١).

أمّا المنقول فللفقهاء في كيفيّة قبضه مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّ القبض يكون بالتّخلية والتّخلّي والتّمييز في جميع أنواع المعقود عليه، لا يُفرَّق بين منقوله وغير المنقول. وبه قال الحنفيّة والمالكيّة والظّاهرية، وقولٌ للشّافعيّة والحنابلة(٢).

قال في بدائع الصّنائع مُبَيِّناً لمعنَى التّخلية: التّسليم والقبض هو: التّخلية والتّخلّي، وهو أن يخلّي البائعُ بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يَتمكّن المشتري من التّصرّف فيه؛ فيجعل البائع مُسَلِّماً للمبيع والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثّمن من المشتري إلى البائع(٣).

من أدلّتهم:

١- حديث ابن عمر ﷺ في قصة البَكْر الصَّعْب(٤)، قال: كنّا مع النّبيّ ﷺ في سفر فكنتُ على بَكْر صَعْب لعمر، فكان يَغْلِبُني، فيتقدَّمُ أمام القوم، فَيَزجُرُهُ عمرُ ويردُّه، ثم يتقدَّمُ فيزجره عمر ويردُّه، فقال النّبيّ ﷺ لعمر:

---

(١) انظر: المراجع السّابقة قريباً عند حكاية اتّفاقهم، وبدائع الصّنائع ٣٦٧/٤، والفروق ٢٨٤/٣، والمهذّب ٢٣/٢، والمجموع ٢٠١/٩-٢٠٥، والمغني ١٨٦/٦، و١٨٨، و٢٤٧/٨، والمقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف ٥١٢/١١-٥١٥، وانظر: أيضاً فتح الباري ٤١٠/٤.

(٢) انظر: المراجع السّابقة عند نقل اتّفاقهم على كيفية قبض العقّار قريباً.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٩٨/٤، وانظر: ٥٠١، و٢٠٣/٥، و٢٠٤، والمغني ٤٥٠/٦-٤٥١.

(٤) بَكْر صعب، البَكْر ولد النّاقة أوّل ما يُركَب، والصّعب، أي: النّفور. انظر: فتح الباري ٣٩٤/٤.

«بِعْنيه»، قال: هو لك يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ : «بِعْنيه»، فَبَاعَهُ مِن رسول الله ﷺ ، فقال النَّبيّ ﷺ : «هو لَك يا عبد الله بن عمر تَصنعُ به ما شئتَ»[١].

وجه الاستدلال: حيث دخل البَكْر المبيع في مِلْكية النَّبيّ ﷺ مع أنّه منقول، وتصرّف فيه بتمام العقد نفسه دون قبضه قبضاً حقيقيّاً؛ لأنّ ابن عمر كان راكب البعير حينئذٍ؛ فلو كان النّقل الفعلي شرطاً لأَخذَه النَّبيّ ﷺ بيده أوّلاً، ثم يَهبه لابن عُمر؛ فدلّ على أنّ القبض في جميع المعقود عليه -منقوله وغير منقوله- هو التّخلية والتّمكين.

قال في فتح الباري: وقد احتجّ به للمالكية والحنفية في أنّ القبض في جميع الأشياء بالتّخلية، وإليه مال البخاري[٢].

أجيب عن هذا الاستدلال بأنّ الحديث ليس فيه تصريحٌ بالبيع؛ فيحتمل أن يكون قول عمر: «هو لك» أي: هبة، وهو الظّاهر؛ فإنّه لم يذكر ثَمناً.

أجيب عن هذا الاعتراض كما قال في فتح الباري بعد ذكره له: «وفيه غفلةٌ عن قوله في حديث الباب: فباعه من رسول الله ﷺ ، وقد وقع في بعض طرق هذا الحديث عند البخاري: (فاشتراه)[٣]...، فعلى هذا فهو بيعٌ، وكون الثّمن لم يذكر لا يلزم أن يكون هبةً مع التّصريح

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٩٢/٤، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهبه من ساعته قبل أن يتَفَرَّقا...، برقم: (٢٠٦٣).

(٢) انظر: فتح الباري ٣٩٣/٤، وانظر: ٣٧٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٦٩/٥، كتاب الهبة، باب مَنْ أُهْدِيَ له هَدِيةٌ...، برقم: (٢٥٢٨).

بالشّراء، وكما لم يذكر الثّمن يحتمل أن يكون القبض المشترط وقع وإن لم ينقل»[(١)].

٢-حديث عائشة -رضي الله عنها- في قصّة الهجرة، وفيه: قال النّبيّ ﷺ لأبي بكر الصّدّيق رضي الله عنه: «قَدْ أَخَذْتُها بالثّمن»[(٢)].

وجه الاستدلال منه ما قاله في فتح الباري: «قوله ﷺ: (أَخَذْتُها) لم يكن أخذاً باليد ولا بحيازة شخصها، وإنّما كان التزاماً منه لابتياعها بالثّمن وإخراجها عن ملك أبي بكر...، وقد عُلِمَ أنّه لم يقبضها بل أبقاها عند أبي بكر»[(٣)].

وأجاب عنه بقوله: «وليس ما قاله بواضحٍ؛ لأنّ القصة ما سيقَتْ لبيان ذلك، فلذلك اختصر فيها قدر الثّمن وصفة العقد؛ فَيُحْمَلُ كلّ ذلك على أنّ الرّاوي اختصره؛ لأنّه ليس من غرضه في سياقه...، وقد قدمت أنّه لا يستلزم صحّة المبيع بغير قبضٍ»[(٤)].

٣-حديث قصة جمل جابر رضي الله عنه، وفيه: فَلَمّا قدمنا أَتيتُهُ بالجمل، ونَقَدَني ثَمَنَهُ، ثم انصرفتُ، فأرسل على أَثَري قال: «ما كنتُ لآخذ جَمَلَكَ، فَخُذْ جَمَلَكَ ذلك فهو مالك»، وفي روايةٍ: «خُذْ جَمَلَك، ولَكَ ثَمَنُهُ»[(٥)].

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٣٩٣/٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٤١٢/٤، كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابةً فوضعها عند البائع أو مات قبل أَنْ يُقْبَضَ برقم: (٢٠٨٥).

(٣) فتح الباري لابن حجر ٤١٢/٤.

(٤) فتح الباري لابن حجر ٤١٢/٤.

(٥) الرّواية الأولى تقدّم تخريجها في القاعدة [٣٦] من أدلّة فقهاء الأمصار، والثّانية أخرجها البخاري في صحيحه ٣٧٥/٤، كتاب البيوع، باب شراء الدّواب والْحُمُر، برقم: (٢٠٤٥)، ومسلم في صحيحه ١٠٨٩/٢، كتاب الرّضاع، باب =

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على أنّ البيع قد تَمَّ بِتَحويل الجمل -وهو من المنقولات- إلى النَّبيّ ﷺ من غير القبض الحِسِّي الحقيقيّ بيده أو بنقله، ولذلك قال في فتح الباري مُبَيِّناً معنَى ترجمة البخاري للحديث: ((قوله: وإذا اشترى دابَّةً أو جَمَلاً وهو -أي: البائع- عليه هل يكون ذلك قَبْضاً؟ يعنِي: أو يشترط في القبض قدرٌ زائدٌ على مُجَرَّد التّخلية؟))[1].

٤- حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- قال:...، فقلت: يا رسول الله، رُوَيْدَكَ أسألك؛ إنِّي أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدّنانير وآخذ الدّراهم، وأبيع بالدّراهم وآخذ الدّنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ : ((لا بَأسَ أَنْ تأْخُذَها بِسِعْرِ يومِها، ما لم تَفْتَرِقا وبينَكُما شيءٌ))[2].

=

استحباب نكاح البكر، برقم: (٧١٥/٥٧).

(١) فتح الباري لابن حجر ٣٧٥/٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٦٥١/٣، كتاب البيوع والإجارات، باب في اقتضاء الذّهب من الورق، برقم: (٣٣٥٤)، والتّرمذي في سننه ٥٤٤/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصّرف، برقم: (١٢٤٢)، والنّسائيّ في سننه ٢٨٢/٧/٤، و٢٨٣، كتاب البيوع، باب بيع الفضّة بالذّهب وبيع الذّهب بالفضّة، وباب أخذ الورق من الذّهب، وابن حبّان في صحيحه ٢٨٧/١١، برقم: (٤٩٢٠)، والحاكم في مستدركه ٥٠/٢، برقم: (٢٢٨٥)، واللّفظ لأبي داود.
قال التّرمذي في سننه ٥٤٤/٣: ((هذا حديثٌ لا نعرفه مرفوعاً إلاّ من حديث سِمَاك بن حرب، عن سعيد بن جُبَير، عن ابن عمر)).
والحديث صحّحه ابن حبّان والحاكم، وقال في المستدرك ٥٠/٢: ((هذا حديثٌ صحيحٌ على شرط مسلم، ولم يخرجاه)).
قال الزّيلعي في نصب الرّاية ٣٣/٤: ((صحّحه الحاكم والدّارقطنيّ، وقال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً)).

=

وجه الاستدلال منه؛ حيث إنّ اقتضاء الذّهب من الفضة، والفضة من الذّهب عن أثْمان السّلعة إنّما هو في الحقيقة بيع ما لم يقبض،ولا يجوز بيع ما لم يَملكه إجماعاً[1]، فدلّ على أنّ العقد الأوّل صحيحٌ مفيدٌ للمِلْك، مع أنّه لم يقبضه قبضاً حِسيّاً؛ حيث إنّ ابن عمر كان يشتري من بائع الذّهب المستقرّ في ذمّته بالفضة مع أنّ بائعه لم يستلم بَعْدُ ذهبه الذي كان ثَمناً لإبله، فهذا دليلٌ على أنّ القبض هو التّخلية والتّمكين من المقبوض، وليس النّقل الفعلي، ولكن لما كانت العملية الثّانية صرفاً من الرّبويات اشترط الرّسول ﷺ القبض الفوري في المجلس[2].

=

قال الصّنعاني في سبل السّلام ١٨/٣: «رواه الخمسة، وصحّحه الحاكم، هو دليلٌ على أنّه يجوز أن يقضى عن الذّهب الفضة، وعن الفضة الذّهب؛ لأنّ ابن عمر كان يبيع بالدّنانير؛ فيلزم المشتري في ذمّته له دنانير وهي الثّمن ثم يقبض عنها الدّراهم وبالعكس»، وانظر: التّلخيص الحبير ٢٥/٣-٢٦، ونيل الأوطار ٢٥٤/٥-٢٥٥.
وصَحَّحَ ابنُ حجر وَقْفَهُ؛ حيث قال: في الدّراية ١٥٥/٢: «أخرجه أصحاب السّنن، وصحّحه الدّارقطنيّ والحاكم، ورُوِيَ موقوفاً، وهو أرجح».
وضعَّفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم:(٧٢٧)،وضعيف التّرمذي برقم:(٢١٤)، وإرواء الغليل ١٧٣/٥، برقم:(١٣٢٦)، ومشكاة المصابح برقم:(٢٨٧١).
ويمكن القول بأنّ الحديث ثابتٌ، بناء على قول الشّوكانيّ في السّيل الجرار ٦٩/٣: «وأخرجه ابن حبّان والبيهقيّ،ولم يأتِ مَنْ أَعَلَّهُ بِحُجَّةٍ مقبولةٍ،وسِمَاكُ إمامٌ حُجَّةٌ».

(١) انظر: مراتب الإجماع ص ٨٤.

(٢) انظر: معالم السنن ٦٥١/٣، والاستذكار ٣٦٥/٥، وبداية المجتهد ٣٧٧/٣، والقوانين الفقهية ص ١٦٥، والمغني ١١٢/٦-١١٣، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، بحث الدّكتور عليّ القرداغي ع٦، ٥٦٦/١، و٥٧٤.

٥-العرف، سواء العرف الشّرعي، أو عرف النّاس؛ وهو الذي يُفهم من اكتفاء النَّبيّ ﷺ بإبرام العقود مع عددٍ من الصّحابة كما تقدّم بدون أن ينقل المبيع إلى حوزته، بل أبقاه عندهم عملاً بالعرف السّائد.

٦-ومن المعقول قالوا: إنّ التّسليم في اللّغة عبارة جعل المبيع سالماً خالصاً، يقال: سلم فلانٌ لفلان، أي: خلص له، وقال الله تعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾[1]، أي: سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحدٌ؛ فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالماً للمشتري، أي: خالصاً؛ بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتّخلية، فكانت التّخلية تسليماً من البائع والتّخلّي قبضاً من المشتري.

٧-قالوا: هذا في تسليم الثّمن إلى البائع؛ لأنّ التّسليم واجبٌ، ومَنْ عليه الواجب لا بدّ وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التّخلية، ورَفْعُ الموانع، فأمّا الإقباض فليس في وسعه؛ لأنّ القبض بالبراجم[2] فعل اختياريّ للقابض، فلو تعلّق وجوب التّسليم به لتعذّر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز[3].

المذهب الثّاني: أنّ قبض كلّ شيءٍ بحسبه، والمرجع فيه العرف، فإنْ كان المعقود عليه منقولاً؛ كالأخشاب والحبوب والحيوان؛ فقبضه بالنّقل إلى مكانٍ لا اختصاص للبائع به، وإن كان مكيلاً أو موزوناً أو

---

(١) سورة الزّمر، الآية: ٢٩.

(٢) البراجم، رؤوس السُّلاَمَيّات من ظهر الكفّ إذا قبض الشّخصُ كفّه نشزت وارتفعت، الواحدة: برجمة. انظر: المصباح المنير ص ١٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٦/٣، و٤٩٨/٤، و٤٩٩، و٢٠٤/٥-٢٠٥.

معدوداً أو مذروعاً،فقبضه بالكيل أوالوزن أو العدّ أو الــذرع،وهو ما اصطلحوا عليه بقولهم: (ما فيه حقّ توفية)، وإن كان ممّا يتناول باليد كالدّراهم والدّنانير والثّوب فقبضه بالتّناول، وأمّا غير منقول فبالتّخلية، والمرجع في ذلك كلّه العرف. وبه قال الشّافعيّة ومشهور مذهب المالكيّة ومذهب الحنابلة(١).

بناء على هذا،فَمَنِ اشترى شيئاً مكايلةً أو موازنـــةً أو مذارعـــةً أو معدوداً فَقَبَضَهُ جزافاً فقبضه فاسدٌ، وكذا لو اشترى مكايلةً فقبضه موازنة أو بالعكس فقبضه فاسدٌ(٢).

من أدلّتهم:

١-حديث ابن عمر -رضي الله عنهما-:أنّ النّبيّ ﷺ قال:((مَنِ ابْتَاعَ طعاماً فلا يبيعُهُ حتّى يستوفيه))، وفي رواية: ((مَنِ ابْتَاعَ طعاماً فلا يَبِعْهُ حتّى يقبضه))(٣).

٢-نَهيه ﷺ عن بيع الطّعام حتّى يَجريَ فيه الصّاعان: صاعُ البائع وصاعُ الْمُشْتَرِي(٤).

---

(١) انظر: الاستذكار ٣٨٣/٥، وبداية المجتهد ٢٧٧/٣-٢٨٤، والـذّخيرة ١٢٠/٤، و١٣٣/٥، والمهذّب ٢٣/٢، و١٤٧، والمجموع ٢٧٧/٢، و٢٠١/٩-٢٠٥، والمغني ٣٨٩/١، و٨/٦، و١٢٦، و١٨٦-١٨٥، و١٨٨، و٢٠٣، و٢٤٧/٨، وقواعد ابن رجب ق (٥١).
وانظر أيضاً: فتح الباري ٣٩٣/٤، و٤١٠، و٤١١.

(٢) انظر: المهذّب ١٣٣/٢-١٣٤، والمغني ١٨٢/٦، وفتح الباري ٤١١/٤، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٦، ج١، ص ٥٧٧.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٠٩/٤، كتاب البيوع، باب بيع الطّعام قبل أنْ يُقْبَضَ، وبيع ما ليس عندكَ، برقم: (٢٠٨٣).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه ٧٥١/٢، كتاب التّجارات، باب النّهي عن بيع الطّعام قبل ما يقبض، برقم: (٢٢٢٨)، قال في مجمع الزّوائد: ((في إسناده محمّد بن عبد =

٣-حديث عثمان رضي الله عنه أن النَّبِيّ ﷺ قال: ((إذا بِعْتَ فَكِلْ، وإذا ابْتَعْتَ فاكْتَل))[1].

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث؛ حيث إنّ مفادها؛ أنّ القبض فيما ينقل إنّما هو بالنّقل أو بالتّناول اليدوي، وأنّه لا يكفي التّخلية والتّمكين، بل لا بدّ من كيلٍ أو وزنٍ أو عدٍّ أو ذرعٍ فيما يُكَالُ ويُوزَنُ ويُعَدُّ ويُذْرَعُ.

ومِن أدلّتهم: الأحاديث الواردة الدّالة على أنّ القبض لا يتِمّ فيما يُباعُ بالجِزاف إلاّ بالتّحويل، ومنها:

٤-حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- أنّهم كانوا يُضْرَبُون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشْتَرَوا طعاماً جِزَافاً، أَنْ يَبِيعُوه في مَكَانِهِ حتَّى يُحَوِّلُوه. وفي روايةٍ:

٥-عن ابن عمر رضي الله عنهما: كُنّا في زَمَانِ رسول الله ﷺ نَبْتَاعُ الطّعامَ، فَيَبْعَثُ عَلَينا مَنْ يَأْمُرُنا بانْتِقالِهِ مِنَ الْمَكَانِ الذي ابْتَعْنَاهُ فيه إلى مكانٍ سِوَاهُ قبل أَنْ نَبِيعَهُ[2].

=

الرّحمن بن أبي ليلى، أبو عبد الرّحمن الأنصاري، وهو ضعيف))،وحسّنه الألباني في: صحيح ابن ماجه(٢٢١١)،والجامع الصّغير(١٢٨٩١).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٠٣/٤، كتاب البيوع، باب الكَيل على البائع والْمُعطِي، تعليقاً، وقال ابن حجر في تفح الباري ٤٠٤/٤: ((وصله الدّارقطني من طريق عبيد الله بن المغيرة المصري عن منقذ مولى ابن سراقة عن عُثمان بهذا، ومنقذ مجهول الحال، لكن له طريق أخرى)).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١١٦٠/٣-١١٦١، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، برقم: (١٥٢٧).

٦-حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- عن رسول الله ﷺ أنّه نهى أنْ تُباعَ السِّلع حيث تُشتَرى حتّى يَحوزَها الذي اشتراها إلى رَحله، وإن كان ليبعث رجالاً فيضربونا على ذلك[1].

٧-العرف، قالوا جرى العرف على هذا التّقسيم، كما يقوله صاحب المغنِي: «وإن كان المبيع دراهمَ أو دنانير فقبضها باليد، وإن كان ثياباً فقبضها نَقْلُها،وإن كان حيواناً فقبضه تَمْشِيَتُهُ مِنْ مكانه،وإنْ كان مِمّا لا يُنْقَلُ ويُحَوَّل فقبضه التّخلية بينه وبين مشتريه ولا حائل دونه...، ولأنّ القبضَ مُطْلَقٌ في الشّرع، فَيجب الرّجوع فيه إلى العرف؛ كالإحراز، والتّفرّق، والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا»[2].

ولعلّ الرّاجح في نظري أن يقال:القبض هو التّخليةوالتّخلّي والتّمكّن من التّسليم الفعليّ والتّمييز في جميع المعقود عليه، وهي محمولة على عرف النّاس، كلٌّ بِحسبه، فما تعارفه النّاس أنّه التّخلية والتّخلّي فهو قبضٌ.

مع مراعاة ضروريات كلّ معقودٍ عليه؛ كالطّعام حيث إنّ جريان الصّاعَيْن: صاع البائع وصاعِ الْمُشتري لازمٌ من لوازمه جارٍ مَجرى الوصف، والأوصاف لا تكون معقوداً عليها، ثم بعد ذلك يُخَلّى بينه وبين الْمُشتري.

وكذلك سائر الْمَكيلات والْموزونات والمعدودات والمذروعات؛ فإنّ مفاد الأدلّة الواردة فيها أنّ الكيل والوزن والعدّ والذّرع من لزوامها، ولا يمكن إهمال الأحاديث الدّالة على وجوب هذه الأشياء، ثم يُخَلّى بينها وبين الْمُشْتَرِي.

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه ٤٦/٢، كتاب البيوع، برقم: (٢٢٧٠)، وقال: «حديثٌ صحيحٌ على شرط مسلم».

(٢) المغنِي لِموفّق الدِّين ابن قدامة ١٨٧/٦، وانظر: ١٢٦، والمجموع ٢٧٧/٢.

وهذا الذي يمكن أن يجتمع عليه التّفصيل المذكور؛ إذ لا يمكن النّقل في المنقول، إلاّ بعد التّخلية، أمّا الكيل والوزن والعدّ والذّرع فلا يلزم مِنْ حصوله حصول القبض؛ إذ قد يكيل البائع ويزن ويعدّ ويذرع، ثُم يحبسه عنده ولا يُمَكِّن المشتري من قبضه، ولكن كيل المكيل ووزن الموزون وعدّ المعدود وذرع المرذوع يعتبر من ضروريات البيع في هذا النّوع، ولعلّ على هذايحمل قول ابن حجر في فتح الباري: «وفي ذلك دلالةٌ على اشتراط القبض في المكيل بالكيل وفي الموزون بالوزن، فَمَنِ اشترى شيئاً مكايلةً أو موازنةً فقبضه جِزافاً فقبضه فاسدٌ، وكذا لو اشترى مكايلةً فقبضه موازنة وبالعكس»[١]، والله تعالى أعلم بالصّواب.

ولعلّ إلى هذا الاعتبار يشير في بدائع الصّنائع؛ حيث قال: «ثم لا خلاف بين أصحابنا -أي: الحنفيّة- في أنّ أصل القبض يحصل بالتّخلية في سائر الأموال، واختلفوا في أنّها أهي قبضٌ تامٌّ فيها أم لا؟

وجملة الكلام فيه أنّ المبيع لا يخلو إمّا أن يكون مِمّا له مِثْلٌ، وإمّا أن يكون مِمّا لا مِثْلٌ له، فإن كان مِمّا لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة؛ فالتّخلية فيها قبضٌ تامٌّ بلا خلاف؛ حتّى لو اشترى مذروعاً مذارعة، أو معدوداً معاددة، ووجدت التّخلية يخرج عن ضمان البائع ويجوز بيعه والانتفاع به قبل الذّرع والعدّ بلا خلاف.

وإن كان مِمّا له مِثْلٌ فإنْ باعه مجازفةً فكذلك -يعني: التّخلية فيها قبضٌ تامٌّ-؛ لأنّه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة، وإنْ باع مكايلةً أو

(١) فتح الباري لابن حجر ٤/٤١١.

موازنةً في المكيل والموزون وخلّى فلا خلاف في أنّ المبيع يَخرج عن ضمان البائع ويدخل في ضمان المشتري، حتّى لو هلك بعد التّخلية قبل الكيل والوزن يهلك على المشتري، وكذا لا خلاف في أنّه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن.

وكذا لو اكتاله المشتري أو اتزنه من بائعه ثم باعه مكايلةً أو موازنةً من غيره لم يحلّ للمشتري منه أن يبيعه أو ينتفع به حتّى يكيله أو يزنه، ولا يكتفي باكتيال البائع أو اتّزانه من بائعه،وإن كان ذلك بحضرة هذا المشتري»[1]، ثم ذكر حديث الطّعام،فجعل التّخلية قبضاً ناقصاً في المكيل والموزون والطّعام؛ حيث لا يجوز للمشتري التّصرّف ببيعٍ حتّى يكيله أو يزنه، وإنْ كان يفيد نقل الضّمان من البائع إلى المشتري، وجعله تاماً فيما عداه، يترتّب عليه جميع الأحكام المترتّبة على العقد بالكامل، من انتقال الضّمان إلى المشتري، وجواز التّصرّف الكامل في المبيع قبل نقله. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

قال في فتح الباري: «في قوله ﷺ : (حتّى يقبضه) زيادةٌ في المعنَى على قوله: (حتّى يستوفيه)؛ لأنّه قد يستوفيه بالكيل بأن يكيله البائع ولا يقبضه للمشتري، بل يحبسه عنده لينقده الثّمن مثلاً، وعرف بهذا جواب مَنِ اعترضه من الشُّرّاح فقال: ليس في هذه الرّواية زيادةٌ، وجواب مَنْ حَمَلَ الزّيادة على مجرّد اللّفظ؛ فقال: معناه زاد لفظاً آخر وهو يقبضه، وإن كان هو بِمعنَى يستوفيه». أمّا قوله:

«ويعرف من ذلك أنّ اختيار البخاري أنّ استيفاء المبيع المنقول مِنَ

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٤٩٨-٥٠١، وانظر: الهداية ٣/٣٤.

البائع وتبقيته في مَنْزل البائع لا يكون قبضاً شرعيّاً حتّى ينقله المشتري إلى مكانٍ لا اختصاص للبائع به»[(١)]، فإنْ قصد به أنّه لا يكون قبضاً حقيقيّاً باليد ولا بحيازة شَخْصه المنقول، وإنّما هو حكميٌّ والتزامٌ بالعقد فنعم صحيحٌ مسلَّمٌ، وأمّا إن كان يقصد أنّه ليس قبضاً شرعيّاً مطلقاً ففيه مخالفة لعدد من الأحاديث منها: حديث قصة جمل جابر، وحديث ابن عمر في قصة البَكْر الصَّعْب، وحديث عائشة في قصة الهجرة -رضي الله عنهم- أجمعين؛ حيث لم يرد أنّ قبض المبيع فيها قبضاً حسيّاً، بل عُلِمَ أنّه ﷺ لم يقبض النّاقة بل أبقاها عند أبي بكر الصِّدِّيق ﷺ[(٢)]، ومع ذلك عُدَّ النّبيُّ ﷺ مُشترياً قابضاً، وأبو بكرٍ بائعاً مُقْبضاً، والبيع تامّاً صحيحاً، فتبيّن أنّ استيفاء المبيع المنقول من البائع وتبقيته في مَنْزل البائع يكون قبضاً شرعيّاً ما لم يكن العائق من البائع. والله تعالى أعلم بالصّواب.

ويعتبر لكون التّخلية قبضاً الإذن بالقبض، وذلك أن يقول البائع للمشتري: خلّيت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري: قبضت، سواء حصل ذلك بالقول، أو بالكتابة، أو أخذ الثّمن وترك البائع ليقبض السّلعة، وكلّ ما تعارف النّاس عليه[(٣)].

مكان القبض وزمانه:

الذي عليه الفقهاء أنّ الأصل تسليم المبيع في المكان الذي وُجِدَ فيه البيع،

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٤/٤١١.

(٢) أمّا حديث قصة جمل جابر فتقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦]، وتقدّم تخريج حديث ابن عمر في قصة البَكْر الصّعب، وحديث عائشة في قصة الهجرة قريباً.
وانظر: فتح الباري ٤/٤١٢، و٥/٣٧٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٨٨، و٥٠٦، و٥١٧، و٥١٠، و٥/١٧٦، والذّخيرة ٦/٢٥٥، والتّقابض ص ٦٧.

لاسيما أنّه لا معنَى للبيع إلاّ بالتّسليم والقبض؛ لأنّه مبادلة شيءٍ مرغوب بشيءٍ مرغوب، وحقيقة المبادلة في التّسليم والقبض؛ لأنّها أَخَذُ بدلٍ وإِعْطَاءُ بدلٍ، وإن اشْتُرِطَ مكان القبض فحسنٌ ويجب الالتزام به عند الاشتراط[1].

أمّا وقت القبض وزمانه؛ فإنّه يختلف باختلاف العقد؛ فقبض المبيع يثبت على التّوسّع عقب إبرام العقد؛ لأنّ القبض ليس بشرطٍ في عقد البيع، بخلاف بعض العقود مثل المصارفة؛ فإنّ وَقْتَ القبض هو وقت العقد في مجلس العقد، والمجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد[2].

أركان القبض وشروطه:

بما أنّ القبض تصرُّفٌ من تصرّفات الْمُكَلَّفين لا بد أن يكون له أركانٌ وشروطٌ، وإن كنت بعد البحث لم أتمكن من الوقوف على مَن أفرد أركان القبض بالذّكر في كتب الفقهاء القدامى، إلاّ أنّ هناك مصطلحات يستخدمونها والتي تعتبر في حقيقتها أركاناً للقبض؛ حيث لا تقوم ماهيّة القبض إلاّ بها، وهي[3]:

١-القابض، وهو الذي يستلم الشّيء المقبوض من الْمُقْبِض.

٢-الْمُقْبِضُ، وهو الذي يُسَلِّم المقبوض إلى القابض.

٣-المقبوض، وهو الشّيء الذي يُسَلِّمه الْمُقْبِضُ للقابض.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/١٣٢، و٤/٣٣٠، و٤٠٢، و٤٤٩، و٤٩٨، و٥٨٣، و٥٩١، والمعونة ٢/١٠٠٠، وبداية المجتهد ٣/٣٩١، وجامع الأمّهات ص ٣٧٣، والذّخيرة ٥/٢٦٣، والفروق ٣/٢٨٩، والقوانين الفقهية ص ١٧٨، وفتح الباري ٤/٥٠٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٤٢، و٣٦٠، و٣٦٣، و٣٧٠، و٤٩٨، وأشباه السّيوطي ص ٥٥٢-٥٥٥، و٥٦٢.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٦، ج١، ص ٥٩١.

٤-الإقباض، وهو العمليّة التي تجري بين القابض والْمُقْبِض للحصول على المقبوض.

قال في بدائع الصّنائع: «وأمّا تفسير التّسليم والقبض عندنا هو التّخلية والتّخلّي، وهو أن يخلّي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجهٍ يتمكّن المشتري من التصرّف فيه فيجعل البائع مُسَلّماً للمبيع والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثّمن من المشتري إلى البائع»[1]، فالبائع هو الْمُقْبِضُ الذي يُخَلّي بين المبيع الذي هو المقبوض، وبين المشتري الذي هو القابض، والإقباض هو تخليته بين القابض والمقبوض برفع الحائل بينهما.

أمّا شروط القبض فمنها:

الشّرط الأوّل: أهليّة القبض؛ حيث اتّفق الفقهاء في الجملة على أنّه يشترط لصحّة القبض صدوره ممّن هو أهلٌ له، وإن اختلفوا فيما بينهم فيمَن يكون أهلاً، وخلاصة ذلك: أنّ القابض يشترط أن يكون: بالغاً عاقلاً غير محجورٍ عليه، وبناء على هذا لا يصحّ القبض من الصّبيّ والمجنون والسّفيه[2].

الشّرط الثّاني: صدور القبض ممّن له ولاية، اتّفق الفقهاء على أنّه يشترط لصحّة القبض صدوره ممّن له ولاية، لكن اختلفوا فيمَن

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٤٩٨، وانظر: ٥/٢٠٣، و٢٠٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٢٢، و٥/١٨٠، و٢٠٤، وجامع الأمهات ص ٣٣٧، و٣٦٤، والذّخيرة ١٠/٢٧١، والمهذّب ٢/١٤٨، ومختصر الخرقي والمغني ٦/٤٤٦-٤٤٧، ٨/٢٥٢، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/١٨.

تكون له هذه الولاية، وتختلف ولاية القبض حسب نوعه؛ حيث القبض باعتبار مصدره نوعان:

النّوع الأوّل: القبض بطريقة الأصالة، والمقصود به أن يقبض الشّخص المقبوض بنفسه لنفسه، ولا خلاف أنّ ولاية هذا القبض تكون لِمَن ثبت له أهليّة القبض.

النّوع الثّاني: القبض بطريقة النّيابة، وهو أن يقبض له شخصٌ آخر نيابةً عنه، وهذه الولاية والنّيابة إمّا أن تثبت بتولية المالك وإمّا بتولية الشّارع، وقد اتّفق المذاهب الأربعة في الجملة على ثبوت ولاية الوكيل بالقبض؛ لأنّ مَنْ ملك التّصرُّف في شيءٍ أصالةً ملك التّوكيل فيه، والقبض ممّا يحتمل النّيابة؛ فكان قبض الوكيل بمَنْزلة قبض الْمُوَكِّل ولا فرق، ولا بدّ أن يكون كلٌّ من الوكيل والموكّل أهلاً للقبض[١].

قال في بدائع الصّنائع: «فصلٌ: وأمّا الحلف على أَخْذ الحقّ وقبضه وقضائه واقتضائه، إذا حلف الرّجلُ لَيَأْخُذَنَّ منْ فلان حقَّه،أو لَيَقْبِضَنَّ مِنْ فلان حقَّه،فأَخَذَهُ منه بنفسه، أو أَخَذَ منه وكيلُهُ، أو أَخَذَهُ مِنْ ضامنٍ عنه، أو مُحتالٍ عليه بأمر المطلوب بَرَّ؛ لأنّ حقوقَ القضاء لا ترجع إلى الفاعل، فترجع إلى الآمر، فكان قَبْضُ وكيل الطّالب قَبْضَه معنًى»[٢].

ومن هنا تكلّم الفقهاء عن تولّي الشّخص الواحد طرفي العقود،

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٠٢/٢، و٥٠٥، و٢٢/٤، و٣٤٩، و٣٩٥-٣٩٦، و٣٩٩، و٤٥٤، و١٨٠/٥، و٢٠٥، والهداية ٣٤/٣، والاستذكار ٣١٦/٦، والقوانين الفقهية ص ١٦٦، وحاشية الدّسوقي ١٤٥/٣، والمهذّب ٢٧/٢، و١٣٤-١٣٥، والمجموع١٩٣/٩،و٢٠٤،و٣٠٦،وفتح الباري٢٦٢/٥،وأشباه السّيوطي ص ٥٤١، والمغني ١١٣/٦، و٤٥٣، وقواعد ابن رجب ق (٤٣، و٤٩-٥١) ص ١٩٧.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ١٢٠/٣.

وقالوا لا يتولّى الشّخص الواحد طرفَي العقد، ودخل فيه كون الوكيل مُقْبِضاً وقابضاً للشّخصين؛ بحيث يتولّى الإقباض والقبض عنهما، أمّا الوكيل بالبيع فله أن يُقْبِضَ الثّمن ويَقْبِضَ المبيع ما لم يكن هناك عرفٌ بأنّ الوكيل لا يفعل ذلك[1].

قال الأشباه والنّظائر: «اتّحاد القابض والْمُقْبِض مَمْنوعٌ؛ لأنّه إذا كان قابضاً لنفسه احتاط لها، وإذا كان مُقْبِضاً وجب عليه وفاء الحقّ من غير زيادة، فلما تخالف الغرضان، والطّباع لا تنضبط امتنع الجمع، ولهذا لو وَكَّلَ الرّاهن المرتهن في بيع الرّهن لأجل وفاء دَينه، لم يجز؛ لأجل التّهمة، واستعجال البيع»[2].

واستثنوا من مسألة تولّي الشّخص الواحد طرفَي مسائل منها:

إذا كان الواحد وليّاً يقوم بطرفَي العقد؛ سواء كانت ولايته أصليّةً؛ كالولاية الثّابتة بالملك والقرابة، أو دخيلةً؛ كالولاية الثّابتة بالوكالة.

مثاله: الأب يشتري مال الصّغير لنفسه، أو يبيع مال نفسه من الصّغير، أو يبيع مال ابنه الصّغير من ابنه الصّغير، أو يشتري.

وكذلك ينعقد النّكاح بعاقد واحد إذا كانت له ولاية من الجانبين، بأن كان العاقدُ مالكاً من الجانبين؛ كالمولى إذا زوّج أمته من عبده، أو كان

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٨/٢-٤٨٩، و١٣١/٣، و٢٢٩، و٣٢٢/٤، وعقد الجواهر ٤٢٢/٢، وجامع الأمهات ص ٣٦٤، و٣٩٨، والقوانين الفقهية ص ١٣٤، والمجموع ٢٠٤/٩، و١٨٤/١٧-١٨٦، وأشباه السّيوطي ص ٤٧٠-٤٧٣، وشرح منتهى الإرادات ٤٨٢/٣-٤٨٣، و٥٢٠-٥٢١، و١٤٣/٥-١٤٥، ومجلّة مجمع الفقه الإسلامي ع٦، ج١، ص ٥٩٢-٥٩٣.

(٢) أشباه السّيوطي ص ٤٧١، وانظر: المراجع السّابقة.

وليّاً من الجانبين؛ كالجدّ إذا زوّج ابن ابنه الصّغير من بنت ابنه الصّغيرة، والأخ إذا زوّج بنت أخيه الصّغيرة من ابن أخيه الصّغير، أو كان أصيلاً ووليّاً؛ كابن العمّ إذا زوّج بنت عمّه من نفسه أو كان وكيلاً من الجانبين أو رسولاً من الجانبين، أو كان وليّاً من جانبٍ ووكيلاً من جانبٍ آخر[١].

أمّا ولاية الوكالة بالخصومة فلا تشمل ولاية الوكالة بالقبض، معنَى ذلك أنّ الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلاً بالقبض ولا تثبت له ولايته؛ لأنّ الإذن في تثبيت الحقّ ليس بإذنٍ في قبضه من جهة النّطق ولا من جهة العرف؛ إذ الإثبات لا يتضمّن القبضَ، وليس القبض من مقتضاه، بخلاف الوكيل في البيع؛ فإنّ تسليم المبيع وقبض الثّمن من حقوق العقد، وقد أقامه الموكّل مقام نفسه فيه[٢].

وكذلك ولاية العدل[٣] في الرّهن تشمل ولاية القبض، وإذا اتّفق الرّاهن والمرتهن على وضع المال المرهون عند عدلٍ يرتضيانه صحّ، ويكون قبضه بِمَنْزلة قبض المرتهن ولا فرق؛ لأنّ كلاًّ منهما قد لا يثق بصاحبه،

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) وذهب الحنيفة إلى أنّ للوكيل بالخصومة أن يقبض الحقّ بعد إثباته؛ لأنّه لما وكله بالخصومة في المال فقد ائتمنه على قبضه؛ لأنّ الخصومة فيه لا تنتهي إلاّ بالقبض فكان التّوكيل بها توكيلاً بالقبض.

انظر: بدائع ٢٢/٤، و٤٣٤-٤٣٥، و١٨٠/٥، و٣٥/٦، و١٢٥/٦، والمهذّب ٢٦٦/٢، و٢٧١، و٢٧٣-٢٧٤، والمغني ١٣٠/٧، والتّقابض ص ٩٤-٩٥.

(٣) العدل في عرف الفقهاء يطلق على الشّخص الذي يرتضيه الرّاهن والمرتهن لحفظ الرّهن وحيازته.

انظر: بدائع الصّنائع ١٩٩/٥، وعقد الجواهر ٧٧٣/٢، والذّخيرة ٢٧١/١٠، وأشباه السّيوطي ص ٥٤١، والمغني ٤٧٠/٦، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٥/٣.

وكما يتولَّى العدلُ الحفظَ يتولَّى القبض، دلّ على صحّة القول ما يلي:

قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾[1]؛ حيث إنّ الآية مطلقٌ من غير فصلٍ بين قبض المرتهن والعدل، وهذا يعنِي أنّ القبض كما يصحّ من المرتهن يصحّ من الوكيل العدل أيضاً.

ولأنّه قبضٌ في عقد فجاز فيه التّوكيل كسائر القبوض.

ولأنّ اشتراط قبض العدل لا يحلّل حراماً، ولا يحرّم حلالاً فيكون جائزاً[2].

الشّرط الثّالث: الإذن؛ حيث اتّفق الفقهاء على اشتراط الإذن في الرّهن ولهم في غيره من العقود تفاصيل، والإذن إمّا صريحٌ وهو أن يصرِّح الْمُقْبِضُ بالقبض بلفظه أو ما ينوب عنه نحو أن يقول: اقبض، أو أذنت لك بالقبض، أو رضيت وما يجري هذا المجرى، وإمّا الإذن بالدّلالة، وهو كلّ تصرّفٍ يدلّ على الإذن، نحو: أن يقبض الموهوب الهبة بحضرة الواهب، فيسكت ولا ينهاه، وكسكوت البائع حين يرى المشتري يقبض المبيع، وكسكوت الرّاهن عند قبض المرتهن العين المرهونة أمامه[3].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٢) وقال الظّاهرية: لا يصحّ الرّهن إلاّ بقبض المرتهن، فإذا قبض الرّهن عدلٌ لا يصحّ. انظر: بدائع الصّنائع ١٩٩/٥، وعقد الجواهر ٧٧٣/٢، وجامع الأمّهات ص ٣٧٨، والمغني ٤٧٠/٦-٤٧١، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٥/٣، والمحلّى ٣٦٣/٦، و٨٨/٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٠/٤، و٥٨٠، و٥٩٠، و١٦٢/٥، و١٧٦، و١٧٧، و١٩٩، و٥١٠، والذّخيرة ٢٥٥/٦، والمهذّب ١٤٦/٢، والمجموع ١٩٧/٩، والمغني ٤٩٩/٦.

الشّرط الرّابع: تسليم المعقود عليه خالياً غير مشغولٍ بِحقّ لغير المشتري، ويدخل في شغل المبيع بِحقّ الغير المانع من صحّة التّسليم ما لو كانت الدّار المبيعة مأجورة؛ لأنّها عندئذ تَحت سلطة المستأجر صاحب اليد المشروعة عليها، فلا يصحّ تَسلّم المشتري لها وإن كان بيعها صحيحاً[1].

الشّرط الخامس: اشترط بعض الفقهاء مضيّ زمنٍ يتأتّى فيه نقل المقبوض عادةً؛ وذلك فيما لا يتأتّى نقله في ساعةٍ واحدةٍ لكثرته أو نحوه أو نحوه[2].

أثر القبض في العقود:

قال في الذّخيرة:«القبض الصّحيح تصحّ به الْمُتَاجرةُ في الصّرف»[3]، يفهم من قوله أنّ القبض ينقسم باعتبار الصّحّة أو عدمها إلى قبضٍ صحيحٍ وهو نافذ الْمِلْك، وقبضٍ فاسدٍ وهو غير ناقلٍ للمِلْك يجري مجرى المقبوض بالغصب؛ لأنّه مقبوضٌ على وجهٍ فاسد[4].

ويختلف أثر القبض باختلاف نوع العقد؛ فهناك عقودٌ يترتّب أثرها ويثبت حكمها بِمجرّد العقد، وعقودٌ أخرى لا يترتّب أثرها ولا تَتِمُّ، أو لا تصحّ إلاّ بقبضها، وكذلك يختلف من حيث صحّة العقد وفساده، فما يترتّب على العقد الصّحيح غير ما يترتّب على العقد الفاسد.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٧٨/٥، و٢٠٢-٢٠٣، والمجموع ٢٠٢/٩، ومجلّة مجمع الفقه الإسلامي ع٦، ج١، ص ٤٥٩.

(٢) انظر: المهذّب ١٤٦/٢-١٤٧، والمجموع ٢٠٥/٩، و٢٥٣/١٢-٢٥٧، وقواعد ابن رجب ق (٥١).

(٣) الذّخيرة للقرافي ٤٢/٨، مُبيِّناً أثر القبض.

(٤) انظر: إعلام الموقّعين ص ٨٧٤، وقواعد ابن رجب ق (٤٧، و٥٢).

والمسائل التِي يشترط لها القبض في الجملة ليس الاشتراط فيها على درجة واحدة، فالقبض يختلف من عقد لآخر، فقد يكون شرط جوازٍ وصحّةٍ، أو شرط لزومٍ أو شرط تَمامٍ، لذلك درج الفقهاء على تقسيم العقود باعتبار اشتراط القبض إلى أربعة أقسامٍ:

أقسام العقود باعتبار اشتراط القبض عند الفقهاء[1]:

القسم الأوّل: ما لا يشترط فيها القبض، لا في صحته، ولا في لزومه، ولا في استقراره، مثاله: النكاح، والحوالة، والوكالة، والوصية، والجعالة والكتابة؛ فلا أثر للقبض في هذا النوع من العقود.

القسم الثّاني: ما يشترط القبض في صحته، مثاله: الصّرف، وبيع الأموال الربوية بعضها ببعض سواء كانا متّحدَي الجنس، أو مختلفين. ويجب تسليم الثّمن في مجلس العقد عند جمهور العلماء؛ فالعقد يعتبر فاسد في حالة عدم القبض.

القسم الثّالث: العقود التي لا يكفي فيها الإيجاب والقبول، بل لا بد لتمامها من قبض عين المعقود عليه، وهي خمسة عقود: (الهبة، والإعارة، والإيداع، والقرض، والرهن)، وذلك لأنّها تَبُرعٌ؛ فالعقد يعتبر قبل القبض عديم الأثر.

القسم الرّابع: ما يُشتَرط القبض في استقراره، ومعنَى كون القبض شرطاً

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٠٢/٢، و٦١١/٣، و٦٣٨، و٣٨/٤، و٤٧، و١٢٥، و٤٣٥، و٣٠٧/٥، و٣١٨، والذّخيرة١٢٠/٥، و١٣٣، و١٤٩، و٢٤٣/٦، و٢٤٥، و٤٢/٨، و١٠١، والمهذّب ٢٣٥/٢، و٣٩٤، و٤٠٨، والمجموع ١٣٩/٩، و١٩٣، وقواعد ابن رجب ص ٢٢١، ق (٤٩)، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٩٩/١/٦، و٥٩٤-٦٠٧.

للاستقرار؛ أنّ العقد يَتمُّ ويلزمُ بِمجرد الإيجاب والقبول مع توفّر الشّروط المطلوبة وانتفاء الموانع، ولكنّه يَحتاج في استقراره إلى القبض؛ بحيث ملْكية العاقدين للمعقود عليه لا تستقرّ تَماماً إلاّ بالقبض، وهذا مثل البيع في غير الرّبويات، والسّلم بالنّسبة للمُسْلَم فيه، والإجارة والصّداق ونحوها.

وسيأتي تفصيلها وبيان مذاهب الفقهاء عند تطبيقات القاعدة.

من أدلّة القاعدة:

هذه القاعدة تعتبر نَتيجة استقراء الفقهاء للأدلة الواردة في القبض والتّسليم -التّقابض- في المعاملات، وأثر ذلك في إثبات الْمِلْكية أو انتقالها، وما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد -القبض-، ومتَى يعتبر القبض لدخول المعقود عليه في ضمان مالكه، أو مَتَى يُعْتَبَرُ القبض لِجواز التّصرّف في الْمَمْلوكات؟ فهذه القاعدة هي خلاصة استقراءهم الدّقيق وعنوانه، بناء على هذا، فإنّ الأدلّة المذكورة في كلّ ما سبق أو يُذْكَر صالحةً دليلاً لإثبات القاعدة، وحجّيّتها، وصلاحيتها.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لا خلاف في الجملة بين أهل العلم قاطبةً في معنَى هذه القاعدة، وإنْ وقع الخلاف في تكييف القبض، وفي نوعية علاقة القبض بكلّ عقدٍ، على ما تقدّم.

من تطبيقات القاعدة:

المسألة الأولى: القبض شرط تَمامٍ واستقرار لعقد البيع وليس شرطاً لصحّته:

البيع هو: مبادلة ثَمنٍ بِمثمون، أو مَثمون بِمَثمون[١].

لا يُشتَرط القبض الحقيقيّ الحسيّ لصحّة عقدَ البيع، بل يكفي فيه الحكميّ التّقديريّ، لذلك فإنّ المُلْك في العقد الصّحيح لا يتوقف على القبض بل يثبت بالعقد نفسه، والقبض حكمٌ من أحكامه، وموجبٌ من موجباته، لذلك كان من شروط البيع كون المبيع مقدور التّسليم عند العقد[٢].

من أدلة ذلك:

١- حديث عائشة -رضي الله عنها- السّابق في قصة الهجرة، وفيه أنّ النَّبيّ ﷺ قال: «قَدْ أَخَذْتُها بالثّمن»، ولم يكن أخذاً باليد ولا بحيازة شخصها، وإنّما كان التزاماً منه لابتياعها بالثّمن وإخراجها عن ملك أبي بكرٍ[٣].

وأجاب عنه في فتح الباري بقوله: «وليس ما قاله بواضحٍ؛ لأنّ القصة ما سيقت لبيان ذلك؛ فلذلك اختصر فيها قدر الثّمن وصفة العقد، فيحمل كلّ ذلك على أنّ الرّاوي اختصره؛ لأنّه ليس من غرضه في سياقه، وكذلك اختصر صفة القبض، فلا يكون فيه حجّة في عدم اشتراط القبض»[٤].

٢- حديث ابن عبّاس -رضي الله عنهما- يقول: أمّا الذي نهى عنه رسول الله ﷺ فهو الطّعام أنْ يُباعَ حتّى يُقْبَضَ، قال ابن عبّاس: ولا أحسبُ كلَّ شيءٍ إلاّ مثلَه[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٣٢/٣، و٣٣٠/٤، و٤٠٢، و٥٨٣، و٥٩١، وبداية المجتهد ٢٣٦/٣، وقواعد الأحكام ٨١/٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦٣٨/٣، و٣٤١/٤، و٣٧٣، و١٧٦/٥، و٢٠٥، والمغني ٥/٦، و٣٧.

(٣) انظر: فتح الباري ٤١٢/٤، والمغني ١٩١/٦.

(٤) فتح الباري ٤١٢/٤، وانظر: المغني ١٩١/٦.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٠٩/٤، كتاب البيوع، باب بيع الطّعام قبل أَنْ يُقْبَضَ، =

٣- حديث ابن عمر - رضي الله عنهما-: أنّ النَّبيّ ﷺ قال: ((مَنِ ابْتَاعَ طعاماً فلا يبيعُهُ حتّى يستوفيه))، وفي رواية: ((مَنِ ابْتَاعَ طعاماً فلا يَبِعْهُ حتّى يقبضه))[1].

وجه الاستدلال منهما: حيث أفادا أمرين:

أحدهما: صحّة العقد الأوّل من غير قبض الطّعام، وذلك مستفادٌ من ثبوت مِلْك الطّعام لِمَن اشتراه وإنْ لم يقبضه، وهذا مأخوذ من:

الأمر الثّاني: الذي هو نَهيه ﷺ أَنْ يبيعه حتّى يقبضه؛ إذ لا يتصوّر بيع الإنسان ما لا يملكه، وقد ورد فيه نَهيٌ، فدلّ على أنّ العقد الأوّل صحيحٌ لدخول الطّعام في مِلْك المشتري، وإلاّ لَمَا صحّ توجيه النّهي إليه، فتبيّن عدم اشتراط القبض لصحّة عقد المعاوضات.

حديث جابر رضي الله عنه في قصة جمله، قال في فتح الباري وفيه: ((أنّ القبض ليس شرطاً في صحّة البيع))[2].

المسألة الثّانية: القبض شرطُ جوازٍ وصحّةٍ لعقود المصارفة وبيع الرّبويّات ببعضها:

عقد الصّرف هو: مبادلة ثَمنٍ بثَمَنٍ، فإذا بيع نقدٌ بِمثله سُمِّيَ مراطلةً، وإذا بيع نقدٌ بغيره سُمِّي صرفاً[3].

=

وبيع ما ليس عندكَ، برقم: (٢٠٨٢)، ومسلم في صحيحه ٣/١١٥٩، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، برقم: (١٥٢٥)، واللّفظ للبخاري.

(١) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٥/٣٧٩،وتقدّم تخريج حديث جمل جابر في القاعدة[٣٦].

(٣) انظر: بداية المجتهد ٣/٢٦٣، والقوانين الفقهية ص ١٦٥، وحدود ابن عرفة ١/٣٣٧، وحاشية الدّسوقي ٣/١٤٧، وشرح النّووي على مسلم ١/١٢، وفتح الباري ٤/٤٤٧.

لا خلاف بين أهل العلم في اشتراط القبض الحقيقيّ في مجلس العقد لصحّة عقد الصّرف، وبيع جميع الأموال الرّبويّة بعضها ببعضٍ، بل قال الإمام مالك بمنع تراخي القبض في الصّرف سواء كانا في المجلس أو تفرّقا، وحَمَل قول عمر رضي الله عنه: «والله لا تُفَارِقُهُ حتّى تأخذ منه»[1] على الفور حتّى لو أخّر الصّيرَفِيُّ القبض حتّى يقوم إلى داخل دكّانه ثم يفتح صندوقه لَما جاز، ولكن الصّحيح أنّ المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد[2].

وسواء في ذلك قبض بطريق الأصالة أم بطريق النّيابة؛ فإنّه كما يصحّ القبض لنفسه عن نفسه، يصحّ القبض بالوكالة[3].

قال في الإجماع: «وأجمعوا على أنّ المتصارفين إذا تفرّقا قبل أن يتقابضا أنّ الصّرف فاسدٌ»[4].

---

(١) حديث عمر، أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٤٤٢، كتاب البيوع، باب بيع الشّعير بالشّعير، برقم: (٢١٢٠)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢١٠، كتاب المساقاة، باب الصّرف وبيع الذّهب بالورق نقداً، برقم: (١٥٨٦)، واللّفظ للبخاري.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٦٠، و٣٦٣، و٤٨٨، والاستذكار ٥/٣٦٥، وبداية المجتهد ٣/٣٧٧، والقوانين الفقهية ص ١٦٥-١٦٦، والمهذّب ٢/٥١، والمجموع ٩/١٢٩، وشرح النّووي ١١/١٥، و١٧، وفتح الباري ٤/٤٤٣، و٤٤٨، ومختصر الخرقي ٦/١١٢، والمغني ٦/٤٩، و١١٢، وقواعد ابن رجب ق (٤٩)، والتّقابض ص ١٢٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٥٠٢، و٥٠٥، و٤/٣٤٩، و٣٩٥-٣٩٦، و٥/١٨٠، و٢٠٥، والاستذكار ٦/٣١٦، والقوانين الفقهية ص ١٦٦، وحاشية الدّسوقي ٣/١٤٥، والمهذّب ٢/٢٧، و١٣٤-١٣٥، والمجموع ٩/١٩٣، و٢٠٤، و٣٠٦، والمغني ٦/١١٣، وإعلام الموقّعين ص ٧٠٩، وقواعد ابن رجب ق (٤٣)، ص ١٩٧، والتّقابض ص ١١٥.

(٤) إجماع ابن المنذر ص ٥٤ برقم: (٤٨٨)، وانظر: فتح الباري ٤/٤٤٨، ومراتب الإجماع ص ٨٤.

من مستند هذا الإجماع:

١-قوله ﷺ : «الوَرِقُ بالذّهب[1] رباً إلاّ هاء وهاء، والبُرُّ بالبُرِّ ربــاً إلاّ هاء وهاء...»[2].

وجه الاستدلال؛ حيث إنّ قوله: (هاء وهاء) بمعنَى التَّقابض. قال في المنهاج: «قال العلماء: ومعناه التّقابض. فقيد اشتراط التّقابض في بيـع الرّبويّ بالرّبويّ إذا اتّفقا في علّة الرّبا، سواء اتّفق جنســهما كـذهبٍ بذهب، أم اختلف كذهب بفضّة»[3].

٢-قوله ﷺ : «لا تبيعوا الذّهبَ بالذّهب إلاّ مثلاً بمثلٍ، ولا تُشــفُّوا[4] بعضَها على بعضٍ، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلاّ مثلاً بِمثلٍ، ولا تُشِفُّوا بعضها على بعضٍ، ولا تبيعوا منها غائباً بِناجزٍ»[5].

---

(١) يدخل في الذّهب جميع أصنافه من مضروب، ومنقوشٍ وجيِّد ورديء، وصـحيحٍ ومكسّــر، وحلّــي وتــبر، وخــالصٍ ومغشــوشٍ،ونقلَ النّــوويّ في ذلــك الإجماع.انظر:شرح النّووي١١/١٢،وفتح الباري ٤/٤٤٥.
وقوله: «هاء وهاء»، فيه لغتان: المدّ والقصر، والمدّ أفصح وأشهر، وأصــله: هــاك فأبدلت المدّة من الكاف، ومعناه: خذ هذا، ويقول صاحبه مثله، ومعناه: التّقابض.
انظر: شرح النّووي ١١/١٤، وفتح الباري ٤/٤٤٢-٤٤٣.

(٢) من حديث عمر المتقدّم قريباً، واللّفظ هنا لمسلم.

(٣) المنهاج شرح صحيح مسلم ١١/١٥، و١٧، و١٩، وانظر: فتح الباري ٤/٤٤٣.

(٤) تُشفُّوا، أي: تفضلوا، وهو رباعي من أشفَّ يُشِفُّ شِفّاً، وهو الزيادة، وتطلق على النّقص، وهو من الأضداد.
انظر: المنتقى ٦/٢٠٥، ومواهب الجليل ٦/١٢٦، وشرح النّووي ١١/١٢، وفتح الباري ٤/٤٤٥.

(٥) متّفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٤٤٤، كتاب البيوع، باب بيع الفضّة بالفضّة، برقم: (٢١٢٣)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢٠٨، كتاب المساقاة، بـــاب =

٣-وقوله ﷺ : «ما كان يداً بيد فلا بأس به، وما كان نسيئةً فهو ربا»[(١)].

وجه الاستدلال؛ حيث دلّ على أنّ ما وقع فيه التّقابض في المجلس فهو صحيحٌ فأمضوه، وما لم يقع فيه التّقابض فليس بصحيحٍ فاتركوه[(٢)].

المسألة الثّالثة: القبض شرطُ صحّةٍ في عقد السَّلَم:

السَّلَمُ هو: عقدُ مُعَاوَضةٍ يوجب عِمَارةَ ذِمَّةٍ بغير عَينٍ ولا مَنْفَعَةٍ غَيرَ مُتَمَاثِل العِوَضين[(٣)].

لا خلاف في الجملة بين الفقهاء في اشتراط تسليم وقبض رأس مال السَّلم، إلاّ أنّهم اختلفوا في اشتراط تعجيل ذلك في مجلس العقد، أو يجوز تأخيره مدّة يسيرة.

فذهب الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة والظّاهرية[(٤)] إلى اشتراط تعجيل

=

الرّبا، برقم: (١٥٨٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٣٤٨، كتاب البيوع، باب التّجارة في البرّ، برقم: (٢٠٠٩)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢١٢، كتاب المساقاة، باب النّهي عن بيع الورق بالذّهب نقداً، واللّفظ له.

(٢) انظر: فتح الباري ٥/١٦٠.

(٣) السَّلَمُ: السَّلَف وزناً ومعنًى، وقيل: السَّلَف لغة أهل العراق، والسَّلَمُ لغة أهل الحجاز، وقيل: السَّلَف تقديم رأس المال والسَّلَم تسليمه في المجلس، فالسَّلَف أعمّ.
انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٩٧، والقوانين الفقهية ص ١٧٧، وحدود ابن عرفة ٢/٣٩٥، والمهذّب ٢/١٢٠، وشرح النّووي ١١/٤٢، وقواعد الأحكام ٢/٨١، وفتح الباري ٤/٥٠٠، ومنتهى الإرادات ١/٢٧٩.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص٨٨، وبدائع الصّنائع٤/٤٣٠، و٤٣٣-٤٣٥، و٤٣٩، و٥٠٠-٥٠١، والهداية ٣/٧٢، والمهذّب ٢/١٢١، و١٣٠، والمجموع ٩/٢٠٣، والمغني ٦/٤٩، و٣٨٤، و٤٠٨، وقواعد ابن رجب ق (٤٩)، ومنتهى الإرادات ١/٢٨٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٣١١، والمحلّى ٨/٤٦.

قبض رأس المال في مجلس العقد.

من أدلّتهم:

قوله ﷺ : «مَنْ أَسْلَفَ في تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ في كيلٍ معلومٍ، ووزنٍ معلومٍ»[١].

وجه الاستدلال منه؛ حيث إنّ الإسلاف هو التّقديم[٢].

ولأنّه إنّما سُمِّيَ سَلَماً لِمَا فيه من تسليم رأس المال؛ فإذا تأخَّر لم يكن سَلَماً فلم يصحّ[٣].

وذهب المالكيّة إلى أنّه يجوز تأخيره يومين وثلاثة بشرطٍ وبغير شرطٍ، وهو القياس عند الحنفية[٤].

دليلهم: أنّ ذلك لا يخرجه إلى الدَّين بالدَّين؛ إذ لا بدّ من استثناء مدّة يمكن فيها وزن المال ونقده، وجرت العادة بتراخي الوزن والإقباض عن وقت الإيجاب والقبول، ولأنّ مَنِ ابتاع ثوباً بنقدٍ فتأخَّرَ قبضُ الثّمَن يوماً أو يومين لم يخرجه ذلك النّقد ولم يدخل في حيِّز الأجل، ولأنّ الشّروع في القبض كقبض الجملة، وما قارب شيئاً أخذ حكمه[٥].

---

(١) من حديث ابن عبّاس، أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٥٠٠، كتاب السّلَم في كيل معلوم، برقم: (٢١٨١)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢٢٧، كتاب المساقاة، باب السَّلَم، برقم: (١٦٠٤)، واللّفظ له.

(٢) انظر: المهذّب ٢/١٢١، و١٣٠، وشرح النّووي ١١/٤٢-٤٣، وفتح الباري ٤/٥٠٠، وشرح منتهى الإرادات ٣/٣١١.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٣٣، والمعونة ٢/٩٨٨، وعقد الجواهر ٢/٧٥٠، والذّخيرة ٥/٢٣٠، و٢٤٢، و٢٦٣، و٤١٧، والفروق ٣/٢٨٩.

(٥) انظر: الرّسالة ص ٢١٦، والمعونة ٢/٩٨٣-٩٨٤، و٩٨٨، وتهذيب المدوّنة ٣/٣٧، =

وقولهم هذا هو أقرب إلى صيغة التّعامل التّجاري وخاصّة في أيّامنا هذه، وفيه مرونة تستوعب بعض الظّروف والإجراءات التي قد تلجئ العاقد أحياناً إلى التّأخير قليلاً في سداد رأس المال، بالإضافة إلى أنّه لم يرد نصٌّ خاصٌّ صريحٌ بمنطوقه في تعجيل رأس المال[1].

المسألة الرّابعة: اشتراط القبض في الإجارة:

الإجارة هي: تَمليك المنافع بعوضٍ، سواء أكان هذا العوض عيناً أو دَيناً أو منفعةً[2].

وقسّم الفقهاء الإجارة تقسيمات عديدةً باعتبارات مختلفة، منها: تقسيمها باعتبار تعيين المحل وعدم تعيينه، ومنها: باعتبارً المحلّ الذي تستوفَى منه المنفعةآدميّاً أوغيره،والذي يتّفق مع موضوع القاعدة هو تقسيمهم لها باعتبار تعيين المحلّ وعدم تعيينه إلى قسمين[3]:

القسم الأوّل: إجارة العين:

ويقصد بها عندما يكون الحقّ في المنفعة المعقود عليها متعلّقاً بالعين

=

وجامع الأمهات ص ٣٧٠، والذّخيرة ٤١٧/٥، وشرحي ابن ناجي وزرّوق ١٣٥/٢.

(١) انظر: الفروق ٢٨٩/٣-٢٩٨، والتّقابض ص ١٣٠.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١، وبدائع الصّنائع ٣٩٥/٤، والتّلقين ص ٣٩٨، والمقدّمات ١٦٣/٢، وحدود ابن عرفة ٥١٦/٢، ومنتهى الإرادات ٣٣٩/١، والتّقابض ص ١٣٣.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١-١٠٥، وبدائع الصّنائع ٤٧/٤، و٣٩٥، والهداية ٢٣١/٣، والتّلقين ص ٣٩٨-٤٠٤، والمعونة ١٠٨٩/٢، وجامع الأمّهات ص ٤٣٤-٤٤١، وحاشية الدّسوقي ٣/٤، والمهذّب ٣٩٤/٢، و٣٩٨-٤٠٨، و٤٢٤، وأشباه السّيوطي ص ٥٢٣، والمغنِي ٤٨/٦، وقواعد ابن رجب ق (٤٣)، ومنتهى الإرادات ٣٤٣/١-٣٥٣، وشرح منتهى الإرادات ٢٨/٥-٧٩، والتّقابض ص ١٣٤-١٣٥.

نفسها، وإذا كان تنفيذ التزام المؤجِّر يقتضي تسليم نفسه للمستأجر ليعمل عنده مدّةً من الزّمن، أو تسليم عينٍ معيَّنة بالرّؤية والإشارة أو الصّفة حتّى يتمكّن المستأجر من استيفاء المنفعة من تلك العين أو الشّخص؛ فإنّ هذه الإجارة تُسَمَّى إجارة العين(١).

من أمثلتها: إذا استأجر شخصٌ داراً، أو أرضاً، أو سيارةً معيَّنةً، أو استأجر شخصاً بعينه لخياطة ثوبٍ، أو بناء حائطٍ أو نحوه.

القسم الثّاني: إجارة الذّمة:

ويقصد بها: إذا كان الحقّ في المنفعة المعقود عليها متعلّقاً بذمّة المؤجّر، وكان تنفيذ التزام المؤجّر لا يقتضي قيامه بتسليم نفسه أو عين معيَّنة للمستأجر، بل يقتضي قيامه بعمل معيَّنٍ في شيءٍ معيَّنٍ أو موصوف، سواء عمله بنفسه أو بواسطة غيره، إلاّ أنّه هو المسؤول عن العمل؛ فإنّ هذه الإجارة تُسَمَّى إجارة الذّمة(٢).

من أمثلتها: لو استأجر دابةً موصوفةً للرّكوب أو الحمل، بأن قال: استأجرت منك دابةً صفتها كذا لِتحملنِي إلى موضعٍ كذا، أو قال: الْتَزَمْتُ ذمّتَكَ خياطة هذا الثّوب أو بناء جدارٍ صفته كذا، فقبل المؤجِّر(٣).

ومن أمثلتها المعاصرة: مَنْ ذهب إلى مكتب الطّيران، وقطع تذكرة سفرٍ إلى مكان معيَّنٍ، أو طلب من مكتب الشّحن شحن كتبه المعيّنة إلى مكانٍ معيَّنٍ، بَرّاً أو بَحراً أو جوّاً، حسب الاتّفاق.

---

(١) انظر: المراجع السّاقة.
(٢) انظر: المراجع السّابقة.
(٣) انظر: المراجع السّابقة.

القبض في الإجارة:

اتّفق الفقهاء على أنّ للعاقدين في عقد الإجارة أن يتّفقا على تأجيل الأجرة، أي: دفعها بعد الفراغ من العمل، ولهما أنْ يتّفقا على دفعها على دَفَعَات متعدّدة، ولهما أنْ يكتفيا بِمقتضى العرف السّائد[١].

وهناك حالاتٌ يرى فيها بعض الفقهاء وجوب تعجيل الأجرة وقبضها في مجلس العقد؛ لما يترتّب على تأخيرها من محظوراتٍ شرعية منهي عنها، مثل: بيع الدَّين بالدَّين، وبيع معيَّنٍ يتأخّر قبضه، وغير ذلك، ومن تلك الحالات:

الحالة الأولى: إذا كانت الأجرة عيناً:

ذهب المالكية والشّافعية إلى اشتراط تعجيل الأجرة إذا كانت عيَناً كالسّيارة والدّار والشّاة والبقرة ونحوها؛ لأنّ الأعيان لا يجوز تأجيلها، لما في ذلك من غررٍ؛ كأن تتلف الأجرة، أو تتغيّر أوصافُها أو أسواقها؛ فيكون ذلك مدعاةً للخصام والنّزاع[٢].

وبالغ المالكية فأوجبوا شرط التّعجيل في العقد إذا لم يَجر به العرف، فإذا لم يشترط العاقدان تَعجيل الأجرة في هذه الحالة، ولم يكن هناك عرفٌ يقتضي تعجيلها؛ فإنّ الإجارة باطلةٌ، ولو تَمَّ تسليم الأجرة في

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٧، و٦٣، و٧١، و٣٩٥، وأشباه ابن نجيم ص ١٠٠، والمعونة ٢/١٠٨٩، والمهذّب ٢/٤٠٦-٤٠٨، والمجموع ٢/٢٧٧، والشّروط في النّكاح ص ٤٤، والتّقابض ص ١٣٥.

(٢) انظر: جامع الأمّهات ص ٤٣٤، والفروق ٢/١٣٣، و٣/٢٩٠، وحاشية الدّسوقي ٤/٣، والمهذّب ٢/٤٠٨-٤١١، وشرح منتهى الإرادات ٤/٢٨-٤٠.

المجلس فعلاً[١].

الحالة الثّانية: إجارة الذّمة:

اختلف الفقهاء في وجوب قبض الأجرة في إجارة الذّمة في مجلس العقد، وسبب اختلافهم يرجع إلى تباين وجهات نظرهم في تكييف طبيعة إجارة الذّمة.

فمنهم مَنْ شبَّهَهُ بإجارة الأعيان، وهم الحنيفة؛ فقالوا: يجوز أن تكون الأجرة حالةً ومؤجّلةً؛ قالوا: إنّها عوضٌ في عقد معاوضة محضة، فلم يجب تسليمها في مجلس العقد كما في الإجارة الواردة على الأعيان[٢].

ومنهم مَنْ شبَّهَها بعقد السَّلَم وهم المالكية؛ فقالوا: يجب تعجيل الأجرة، ويجب تسليمها في مجلس العقد، ولا بأس في تأخيرها يومين أو ثلاثة؛ لأنّ ما قارب الشّيء أخذ حكمه، كما قالوا في السّلم، وتعليلهم: أنّ التّأخير يستلزم تعمير الذّمتين، ويؤدّي إلى بيع الكالئ بالكالئ وهو منهيٌّ عنه، إلاّ إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة لانتفاء بيع المؤخّر بالمؤخّر؛ حيث إنّ قبض أوائل المنفعة كقبض أواخره؛ فارتفع المانع من التأخير[٣].

وقال الشّافعية: إن افترقا قبل القبض بَطَلَت الإجارة؛ لأنّ إجارة الذّمة سَلَمٌ في المنافع؛ فكانت كالسَّلَم في الأعيان سواء عقدت بلفظ الإجارة أم السَّلَم[٤].

وقال الحنابلة: إن كانت إجارة الموصوف في الذّمة بلفظ سَلَمٍ أو

---

(١) انظر: جامع الأمّهات ص٤٣٤، والفروق ٢/١٣٣، و٣/٢٩٠، وحاشية الدّسوقي ٤/٣.
(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١-١٠٥، وبدائع الصّنائع ٤/٤٧.
(٣) انظر: جامع الأمّهات ص ٤٣٤، والفروق ٢/١٣٣، و٣/٢٩٠، وحاشية الدّسوقي ٤/٣.
(٤) انظر: المهذّب ٢/٤٠٨-٤١١.

سَلَف؛ فإنّه يشترط لصحّتها تسليم الأجرة في مجلس العقد؛ لأنّها بذلك تكونُ سلماً في المنافع، ولو لم تقبض قبل تفرّق العاقدين، لأنّ الأمر يؤول إلى بيع الدَّين بالدَّين وهو منهي عنه.

وأمّا إذا لم تجر إجارة الذّمة بلفظ سَلَمٍ أو سَلَفٍ فلا يشترط تعجيل الأجرة؛ لأنّها لا تكون سلماً فلا يلزم فيها شرطه[1].

ولعلّ قول المالكية بوجوب قبض الأجرة في إجارة الذّمة في مجلس العقد مع جواز تأخيرها اليومين والثّلاثة أرجح، ذلك لما يلي:

١- أنّ تأجيل الأجرة إنّما هو افتراق عن كالئ بكالئ، ولا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ، وهذا الأمر غير متحقّق في إجارة العين.

٢- أنّ في تأخير الأجرة في مجلس العقد شغلاً للذّمتين، ويؤدِّي إلى توجّه المطالبة من الجهتين، وهذا -كما قال في الفروق[2]- الأمر الذي قد يسبّب التّخاصم والنّزاع، وهذا الأمر غير موجودٍ في إجارة الذّمة، ومعلوم أنّ مِنْ أهمّ مقاصد الشّريعة الإسلامية إزالة أسباب الخصومات والاختلاف.

٣- أنّ اعتبارهم تأخير الأجرة اليومين والثّلاثة، قولٌ ملائمٌ ومناسبٌ لمقتضيات العقود المعاصرة، وتطورّات المعاملات الاقتصادية، لاسيما وأنّ أصحاب رؤوس الأموال لم يَعُدْ ينتقلون بأموالهم، ويصعب عليهم تسليمها في مجلس العقد إلاّ بتسليم ما يقوم مقام قبض المال، وهو غير متوفّرٍ في كثيرٍ من الأحيان.

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات ٤/٢٨-٤٠.

(٢) للقرافي ٣/٢٩٠.

٤-وأمّا قولهم بعدم وجوب الأجرة إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة لانتفاء بيع الدَّين بالدَّين فوجهة نظرٍ قويّةٌ؛ لأنّ سبب الوجوب قد زال فيزول المسبب[١].

المسألة الخامسة: القبض في عقد القراض:

عرّف المالكيّة والشّافعيّة القراض بأنّه: تَمكينُ مالٍ لِمَنْ يَتَّجِرُ بهِ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ لا بِلَفْظِ الإجارة[٢].

وعند الحنفيّة هو: عقدٌ على الشّركة بِمالٍ من أحد الشّريكين وعملٍ من الآخر[٣].

وعند الحنابلة هو: دفعُ مالٍ أو ما في معناه، مُعَيَّنٍ، معلومٍ قدرُهُ لِمَنْ يَتَّجِرُ فيه بِجُزْءٍ معلومٍ مِنْ رِبْحِهِ له، أو لِقِنِّهِ، أو لأجْنَبِيٍّ مع عملٍ منه[٤].

وسبب اختلافهم هو تباين وجهات نظرهم في تكييف طبيعة العمل في القراض؛ حيث يرى المالكية والشّافعية أنّ العمل يقتصر على التّجارة فقط فحسب، ولا يحقّ للمقارِض صياغة الذّهب حلية وبيعها، وتفصيل القماش قمصاناً[٥].

حين يرى الحنفيّة والحنابلة أنّ طبيعة العمل في القراض لا تقتصر

---

(١) انظر: التّقابض ص ١٣٩.

(٢) انظر: المعونة ٢/١١١٩، وجامع الأمّهات ص ٤٢٣، وحدود ابن عرفة ٢/٥٠٠، والمهذّب ٢/٣٦٦، و٣٦٧، وقواعد الأحكام ٢/٨١.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ١١٣، وبدائع الصّنائع ٤/١٠٨، والهداية ٣/٢٠٢.

(٤) انظر: منتهى الإرادات ١/٣٢٨-٣٢٩، وشرح منتهى الإرادات ٣/٥٣٦.

(٥) انظر: المعونة ٢/١١٢٠، وعقد الجواهر ٣/٩٠٠-٩٠١، وجامع الأمّهات ص ٤٢٣، مختصر المزني ص ١٧٢-١٧٣، والمهذّب ٢/٣٧٠، و٣٧٢.

على التّجارة فحسب، بل تتعدّى إلى غيرها من الأعمال[١].

ولعلّ هذا التّكييف هو الرّاجح، وهو أنّ عمل المضاربة يتّسع للتّجارة وللصّناعة؛ لأنّه يتّفق وطبيعة المعاملات المعاصرة، وخاصّة في المصارف والبنوك الإسلامية؛ حيث إنّ المصارف اليوم لا تتوقّف أعمالها على التّجارة فحسب، بل تعمل في مجالاتٍ متعدّدةٍ؛ كالصّناعة والزّراعة والمقاولات وغيرها.

ولأنّ المقصود من القراض هو الرّبح لكلّ الأطراف، وهو حاصلٌ بكلّ ما ذُكِرَ من غير ارتكاب أيّ محظورٍ شرعيٍّ[٢]. والله - تعالى- أعلم بالصّواب.

القبض في القراض:

تتجلّى علاقة القبض بالقراض عند الحديث عن شروط القراض المتعلّقة برأس مال القراض، وذلك من خلال فرعين تاليَين:

الفرع الأوّل: كون رأس مال القراض حاضراً لا دَيناً:

اتفقت المذاهب الأربعة[٣] على أنّه لا يصحّ القراض على دَينٍ، ولا على مالٍ غائبٍ، وعليه لا يجوز أن يقال لِمَنْ عليه دَينٌ: اعمل بالمال الذي عندك قَراضاً.

قال في بدائع الصّنائع: «ومنها شروط رأس مال القراض عَيْناً لا

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١١٣، وبدائع الصّنائع ٤/١٠٩-١١١، وشرح منتهى الإرادات ٣/٥٦٣.

(٢) انظر: التّقابض ص ١٤٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥/١١٤، و٤/٣٩٩، والمعونة ٢/١١٢٠، وجامع الأمّهات ص ٤٢٣، ومختصر المزني ص ١٧٢-١٧٣، والمهذّب ٢/٣٦٧، ومختصر الخرقي والمغني ٧/١٨٢-١٨٣.

دَيناً، فإن كان دَيناً فالمضاربة فاسدةٌ، وعلى هذا يخرج ما إذا كان لـــربّ المال على رجلٍ دَينٌ فقال له: اعمل بدَيني الـــذي في ذمّتـــك مضـــاربةً بالنّصف، أنّ المضاربة فاسدةٌ بلا خلاف»[(١)].

وقال في المختصر: «ولا يَجوز أَنْ يُقَالَ لِمَن عليه دَيـــنٌ:ضَـــارِبْ بالدَّين الذي عليك»[(٢)]، قال في المغني بعد كلامه مباشرةً: «نصَّ أحمـــد على هذا، وهو قولُ أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه مُخالِفاً».

قالوا: لأنّ المال الذي في يَدَي مَنْ عليه الدَّين له، وإنّما يصير لغريمه بقبضه، و لم يوجد القبض ههنا[(٣)].

ولكن يحتمل أَنْ يصحّ القراض؛ لأنّه إذا اشترى شيئاً للقراض فقـــد اشتراه بإذن ربّ المال، ودفع الدَّين إلى مَنْ أذن له في دفعه إليه، فتبرأ ذمَّتُهُ منه، ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال: بِعْهُ وقَارِضْ بِثَمَنِه، وقال بـــه بعض الحنابلة[(٤)].

وهو تخريجٌ على قول الإمام مالك في المدوّنة: «أرأيتَ دَيناً لِي على رجلٍ، أَمَرْتُهُ أن يعمل به قراضاً، أيَجوز ذلك أم لا؟ قال: لا يجوز ذلـــك عند مالك، قلت: لِمَ؟ قال: خوفاً أن يكون إنّما اعترى أن يؤخّره بالدَّين ويزيده في دَينه»[(٥)]، فقوله: «خوفاً أَن يكون إنّما اعترى...»، تعليلٌ يُفْهَم

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ١١٤/٥، وانظر: منه ٣٩٩/٤.
(٢) مختصر الخرقي ١٨٢/٧.
(٣) انظر: المغني ١٨٢/٧.
(٤) انظر: المغني ١٨٢/٧.
(٥) المدوّنة ٦٣١/٣، وانظر: تهذيب المدوّنة ٥١٣/٣، وأحكام الشّركات ص ١٨٠.

منه جوازه عند انتفاء هذا الخوف الذي هو المانع، وأنّه إنّما مُنِعَ منه سدٌّ للذّريعة، فإذا أُمِنَتِ الذّريعة وارتفع المانع جاز.

وأيضاً يدخل فيما قرّره الفقهاء من اعتبار القبض السّابق باعتبار أنّه قبضٌ حُكْمِيٌّ، وخاصّة إذا كان الدَّين قد حلّ، وكان بوسع المدين أن يدفع الدَّين للدّائن، وقد أذن له ربّ المال بذلك، وقبله العامل من غير أيّ استغلال لحاجته(١). والله تعالى أعلم بالصّواب.

الفرع الثّاني: قبض رأس مال القراض:

اختلف الفقهاء في اشتراط كون رأس مال القراض مُسَلَّماً إلى العامل على مذهبين:

المذهب الأوّل: يشترط في صحّة عقد القراض تسليم رأس المال إلى العامل، وعليه فلا يصحّ عقد القراض مع بقاء يد ربّ المال على المال. وهو مذهب الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة، وقولٌ للحنابلة(٢).

قال في بدائع الصّنائع: «ومنها -شروط رأس مال القراض- تسليم رأس المال إلى المضارِب؛ لأنّه أمانةٌ فلا يصحّ إلاّ بالتّسليم، وهو التّخلية، كالوديعة، ولا يصحّ مع بقاء يد الدّافع على المال لعدم التّسليم مع بقاء يده؛ حتّى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضارَبةُ»(٣).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٨١/٥، والمهذّب ١٤٦/٢، والمغني ١٨٢/٧-١٨٣، والتّقابض ص ١٤٣.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص١١٣،وبدائع الصّنائع١١٤/٥،و١١٧،والهداية٢٠٣/٣، والمدوّنة ٦٣٠/٣-٦٣١، والمعونة ١١١٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٦٥/٣.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ١١٧/٥.

ويفهم منه أنّه ليس المراد بالتّسليم أن يكون في مجلس العقد، إنّما المراد أن يستقلّ العامل باليد عليه والتّصرّف فيه، وقبض العامل للمال إمّا أن يكون بالمناولة أو بالتّمكين وبالتّخلية بينه وبين رأس المال(١).

المذهب الثّانِي: لا يعدُّ قبض رأس المال، ولا القبول، أي: قوله: قَبِلْتُ، وتكفي مباشرة العامل للعمل. وهو مذهب الحنابلة(٢).

وحجّتهم: قال في المغنِي: «ولنا أنّ العمل أحد رُكنَي الْمُضَارَبة، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر، كالمال، وقولهم: إنّ المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل مَمْنوعٌ، إنّما تقتضي إطلاق التّصرّف في مال غيره بِجزءٍ مُشاعٍ مِنْ ربحه، وهذا حاصلٌ مع اشتراكهما في العمل، ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مُضَارَبَةً صحّ، ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما»(٣).

ولعلّ الرّاجح هو قول الجمهور القاضي باشتراط قبض العامل لرأس مال القراض لصحّته، وذلك بأَنْ يُخَلَّى بينه وبين المال، ويُمَكَّن من التّصرّف بِمقتضى عقد القراض.

وذلك لأنّ القراض إنّما انعقد على أن يكون رأس المال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، ولا يتحقّق ذلك إلاّ إذا قبض العاملُ المالَ من ربّ المالِ.

أنّ مشاركة ربّ المال العمل مع العامل في التّصرّف برأس المال قد

(١) انظر: التّقابض ص ١٤٤.
(٢) انظر: منتهى الإرادات ١/٣٢٩، وشرح منتهى الإرادات ٣/٥٦٥.
(٣) المغنِي لِموفّق الدّين ابن قدامة ٧/١٣٦.

يؤدّي إلى اختلافهما، مِمّا يؤدِّي إلى التّخاصم والنّزاع، وهو ما ينافي مقاصد الشّريعة من تشريع عقد القراض. والله تعالى أعلم بالصّواب.

وأمّا قياسهم على دفع المال للاثنين، فقياس خارجٌ عن محلّ النّزاع؛ لأنّه إذا دفع لهما المال وخلّى بينهما وبين المال والتّصرّف فيه فقد سلّم رأس المال. والله أعلم.

المسألة السّادسة: القبض شرط في المساقاة:

المساقاة هي: عقد على عَمَلِ مُؤنَةِ النَّبَاتِ بقدرٍ لا مِنْ غير غَلَّته لا بلفظ بَيعٍ، أو إجارةٍ أو جُعْلٍ[1].

القبض في المساقاة:

نَصَّ الحنفيّة والشّافعيّة: على أنّ صاحب الشّجر أن يسلِّم الأشجار إلى السّاقي بأن يُخَلِّي بين الشّجر والعامل، لكي يستبدّ العامل بالعمل وحده؛ حتّى لو اشترط مشاركة صاحب الأشجار للعامل في العمل فسد العقد؛ لانعدام التّخلية؛ إذ ربّما لا يستطيع العامل أن يعمل مع وجود صاحب الشّجر معه[2]، واشتراط التّسليم والقبض مفهومٌ أيضاً عند المالكية والحنابلة من خلال تعريفهم للمساقاة؛ فإنّ قولهم: (دفع شجرة)[3] مفيدٌ لمعنَى القبض والتّسليم، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢٦٩/٥، والقوانين الفقهية ص ١٨٤، وحدود ابن عرفة ٥٠٨/٢، ومختصر المزني ص ١٧٥، والمهذّب ٣٨٤/٢، وقواعد الأحكام ٨١/٢، ومنتهى الإرادات ٣٣٦/١، وشرح منتهى الإرادات ٦٠٠/٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٧٠/٥، والمهذّب ٣٨٩/٢، والمراجع السّابقة.

(٣) انظر: القوانين الفقهية ص ١٨٤، وقواعد ابن رجب ق (٤٩)، ومنتهى الإرادات ٣٣٦/١.

المسألة السّابعة: القبض في عقد المزارعة:

المزارعة هي: شركةٌ في الْحَرْث[١].

القبض في المزارعة؛ نصّ الحنفيّة على أنّ التّسليم والقبض من شروط صحّة عقد المزارعة، قال في بدائع الصّنائع: «وأمّا الشّرائط، فهي في الأصل نوعان: شرائط مصحِّحة للعقد على قول مَنْ يُجيز المزارعة، وشرائط مفسدة له، وأمّا الْمُصَحِّحة فأنواع....، ومنها: أن تكون الأرض مُسَلَّمةً إلى العامل مُخَلاّةً، وهو أن يوجد من صاحب الأرض التّخلية بين الأرض وبين العامل؛ حتّى لو شرط العمل على ربّ الأرض لا تصحّ المزارعة؛ لانعدام التّخلية، وكذا إذا اشترط فيه عملهما فيمنع التّخلية جميعاً»[٢]، وهذا الشّرط مفهومٌ أيضاً من خلال تعاريف بقية المذاهب[٣].

العقود التي يعدّ القبض فيها شرطَ تَمامٍ وحكماً من أحكامها:

المسألة الثّامنة: القبض شرطُ تَمامٍ في عقد القرض وحكم من أحكامه:

القرض هو: دَفعُ مُتَمَوَّلٍ في عوضٍ غير مُخَالِفٍ له لا عاجلاً[٤].

القبض في القرض:

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض للزوم القرض على مذهبين:

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٢٥٤، وحدود ابن عرفة ٢/٥١٣، وحاشية الدّسوقي ٣/٣٧٢، والمهذّب ٢/٣٩٢، وقواعد الأحكام ٢/٨١، والمغني ٧/٥٥٥، و٥٦٧.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٢٥٥، و٢٥٩.

(٣) انظر: المراجع السّابقة عند تعريف المزارعة.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٥١٧، والفروق ٤/٢، وحدود ابن عرفة ٢/٤٠١، وحاشية الدّسوقي ٣/٢٢٢، والمهذّب ٢/١٣٧، وقواعد الأحكام ٢/٨١، ومنتهى الإرادات ١/٢٨٤.

المذهب الأوّل: لا يشترط القبض للزوم القرض، بل يلزم بالقول، والقبض حكمٌ من أحكامه، وموجَب من موجَباته. وبه قال المالكيّة.

قال في الحاشية: «والحاصل: أنّ القرض وغيره من المعروف؛ كالهبة والصّدقة يلزم بالقول ويصير مَالاً منْ أموال الْمُعْطَى بمجرّد القول ويْقضَى له به إلاّ أنّ القرض يَتِمّ مِلْكُهُ بالعقد وإنْ لم يُقْبَض»[1].

المذهب الثّاني: يشترط القبض للزوم القرض، فعقد القرض يَتِمُّ بالقول كالبيع، ولكن لا يُمْلَكُ ولا يَلْزَم إلاّ بالقبض. وبه قال الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة[2].

وبالنّظر إلى المذهبين يظهر أَنّ الخلاف بينهما خلافٌ لفظيٌّ لا يترتّب عليه شيءٌ؛ لأنّ كلاًّ منهما يقرّ بأنّ العقد يَتِمُّ بالقول كالبيع، وأمّا القبض فإمّا أن يطلق عليه حكمٌ من أحكام عقد القرض أو موجَبٌ من موجَباته، أو أنّه شرطٌ لدخوله في ملك المقترِض وللزوم العقد. والله - سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

المسألة التّاسعة: القبض في الْحُبُس (الوقف) شرط تَمامٍ وحكم من أحكامه:

الْحُبُس هو: إعطاء مَنْفعةِ شيءٍ مُدَّة وجوده لازماً بقاؤه في مِلْكِ مُعْطِيهِ ولو تقديراً، وبعبارةٍ أخرى: تَحْبِيسُ الأصلِ وتَسْبِيلُ الثَّمَرَة[3].

---

(١) حاشية الدّسوقي ٢٢٦/٣، وانظر: شرحي ابن ناجي وزوق ١٩٥/٢-١٩٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع و٥٠١/٤، و٥١٧/٦، والمهذّب ١٣٨/٢، ومنتهى الإرادات ٢٨٤/١، وشرح منتهى الإرادات ٣٢٤/٣.

(٣) انظر: أنيس الفقهاء ص٧٠، والفروق١١١/٢، وحدود ابن عرفة ٥٣٩/٢،ومختصر المزني ص ١٨٩، والمهذّب ٥١٨/٢، وقواعد الأحكام ٨١/٢، والمغني ١٨٤/٨، و١٨٧، ومنتهى الإرادات ٤٠١/١.

اشتراط القبض للزوم الْحُبُس:

اختلف الفقهاء أيشترطُ القبض للزوم الْحُبُس أم لا على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأوّل: الْحُبُسُ لا يشترط للزومه القبض، بل يَتِمُّ ويلزم بالقول.

وبه قال الشّافعية والحنابلة[١].

من أدلّتهم:

١- قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه : «إنْ شئتَ حَبَّسْتَ أصلها، وتَصَدَّقْتَ بها»، فتصدَّق بها عمر؛ أنّه لا يُباعُ أصلُها، ولا يُبْتَاعُ، ولا يُورَث، ولا يُوهَبُ[٢].

٢- ولأنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوقف وقال: «لا جُناح على مَنْ وَلِيَهُ أن يأكلَ...»[٣]، وقد بوّب له البخاري في صحيحه بقوله: «باب إذا أَوْقَفَ شيئاً فلم يَدْفَعْهُ إلى غيره فهو جائزٌ»[٤]، قال في فتح الباري: «أي: صحيحٌ، وهو قول الجمهور...، واحتجَّ للصّحة بأنّ الوقف شبيهٌ بالعتق لاشتراكهما في أنّهما تَمليكٌ لله تعالى؛ فينفذ بالقول المجرّد عن القبض، ويفارق الهبة في أنّها تَمْليكٌ لآدميٍّ فلا تَتمّ إلاّ بقبضة».

٣- ولأنّه تَبَرُّعٌ يَمنع البيع والهبة والميراث، فلزم بِمُجَرَّده؛ كالعتق[٥].

---

(١) انظر: مختصر المزني ص ١٨٩، والمغني ٨/١٨٧، و٢٣٣، وفتح الباري ٤/٤٥١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٥/٤١٨، كتاب الشّروط، باب الشّروط في الوقف، برقم: (٢٦٤٩)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢٥٥، كتاب الوصيّة، باب الوقف، برقم: (١٦٣٢)، واللّفظ له.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦]، التّطبيق (٢٠).

(٤) صحيح البخاري ٥/٤٥١. وانظر أيضاً: ٤٥٢، و٤٦٧ منه.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٥٥٠.

٤-ولأنّ اشتراط القبض لا أثر له؛ لأنّ القابض يقبض ما لَم يَملك بالوقف، فيكون قبضه وعدمه سواء[١].

٥-ويفارق الهبة؛ فإنّها تَمْليكٌ مُطْلَقٌ لآدميٍّ فلا تَتِمّ إلاّ بقبضة، والوقف تَحبيس الأصل وتَسْبيل الْمَنفعة، فهو بالعتق أشبه؛ فإلْحَاقُهُ به أولَى[٢].

المذهب الثّاني: يشترط للزوم الوقف القبض، فلا يلزم إلاّ به. وهو رواية عند الحنابلة[٣].

تعليلهم: أنّه تَبَرُّعٌ بِمالٍ لم يُخْرِجْهُ عن الماليّة، فلم يلزم بِمُجَرَّده؛ كالهبة والوصيّة.

المذهب الثّالث: أنّ البقض شرطٌ لِتَمام عقد الوقف؛ فإن مات الواقف أو أفلس، قبل القبض بطل الوقف، ويكون القبض في نحو المسجد بالتّخلية بين الموقوف وبين النّاس، وبه قال المالكية[٤].

والذي يترجّح في نظري أنّه يمكن الجمع بين القول بأنّ الوقف يلزم بالقول ويصحّ، ولكن لا يَتمكّن الموقوف عليه من الانتفاع به إلاّ بالقبض بأن يُخَلَّى بينه وبين الموقوف، وعليه فاعتبار القبض شرطاً لتمامه ولثبوت حكمٍ من أحكامه لا لوجوده في نفسه؛ إذ لو قال الواقف: حَبَسْتُ أصل هذا المسجد، أو هذه المدرسة دون أن يفتحها، ودون أن يزيل الحائل المانع من الانتفاع بها فلا أثر له.

---

(١) انظر: التّقابض ص ١٥٧.

(٢) انظر: فتح الباري ٤٥١/٥، والمغني ١٨٧/٨.

(٣) وقول ابن أبي ليلى ومحمّد بن الحسن من الحنفية.
انظر: بدائع الصّنائع ٥٥٠/٣، والمغني ١٨٧/٨، و٢٣٣.

(٤) انظر: جامع الأمّهات ص ٤٤٩، والفروق ١١١/٢، والقوانين الفقهية ص ٢٤٤.

ولأنّ الحديث والأثر الذين استدلّ بهما الجمهور لا يعارضان هـذا القول؛ إذ ليس فيهما نصٌّ صريحٌ بنفي القبض ولا اشتراطه فيرجع فيه إلى العرف، والعرف يَقضي ما قُرِّرَ. والله أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

المسألة العاشرة: القبض في عقود التّبرّعات (الهبة[1] والصّدقة والهديّة والعَطيّة) شرط تمام-وحكم من أحكام العقد:

القبض في عقود التّبرعات:

ذهب جمهور أهل العلم منهم الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة في المكيل والموزون إلى أنّ القبض شرطٌ للزوم الهبة؛ فلا تلزم ولا تنتقل مِلْكِيَّتُهُ إلى الموهوب له إلاّ بالتّسليم والقبض الحسِّيِّ الحقيقيّ دون التّقديري الحكمي على خلاف البيع، بل عدّ بعض الحنفية والحنابلة القبض ركناً من أركان عقد الهبة[2].

من أدلّتهم:

---

(١) الهبة لغير ثواب هي: تَمليك ذي مَنْفَعة لوجه الْمُعْطَى بغير عوض.
انظر: بدائع الصّنائع ١٦٢/٥، وأنيس الفقهاء ص ٩٥، وحدود ابن عرفة ٥٥٢/٢، والمهذّب ٥٣٦/٢، والمغني ٢٣٩/٨.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٤، وبدائع الصّنائع ٣٨/٤، و١٢٥، و٥٩١، و١٦٢/٥، و١٦٣، و١٧١، و١٧٦، والهداية ١٧٠/٣، والاستذكار ٢٣٨/٦، وبداية المجتهد ١٦٢/٤-١٦٤، والقوانين الفقهية ص٢٤٢، ومختصر المزني ص ١٩٠-١٩٢، والمهذّب٥٣٦/٢-٥٣٧، و٥٤٧، و٥٧٩-٥٨٠، و٧٧٥، ومختصر الخرقي والمغني ٢٣٩/٨-٢٤١، وقواعد ابن رجب ق (٤٩)، ومراتب الإجماع ص ١١٢، وفتح الباري ٢٥٤/٥، و٢٦٢-٢٦٣، و٢٦٥، و٢٦٧، و٤٤/٦، و٢٠١.

١-إجماع الصّحابة -رضي الله عنهم- على أنّ الهبة لا تجوز إلاّ مقبوضةً، قال في المغني: «ولنا إجماع الصّحابة -رضي الله عنهم-؛ فإنّ ما قلناه مَرويٌّ عن أبي بكرٍ وعمر -رضي الله عنهما-، ولم يعرف لهما في الصّحابة مُخَالفٌ...

٢-ولأنّها هبةٌ غير مقبوضةٍ فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض.

٣-ولا يصحّ القياس على الوقف والوصيّة والعتق؛ لأنّ الوقف إخراج مِلْكٍ إلى الله تعالى، فخالف التّمليكات، والوصية تلزم في حقّ الوارث، والعتق إسقاطُ حقٍّ وليس بتَمْليك.

٤-ولأنّ الوقف والعتق لا يكون في محلّ النّزاع في المكيل والموزون»[1].

٥-ولأنّ الهبة أحد نوعَي التّمليك، فكان منها ما لا يلزم قبل القبض، ومنها ما يلزم قبله؛ كالبيع، فإنّ منه ما لا يلزم قبل القبض، وهو الصَّرف، وبيع الرّبويّات، ومنها ما يلزم قبله، وهو ما عدا ذلك[2].

٦-قياس الهبة على القرض والعارية؛ فلا يصحّان إلاّ مقبوضتين بعلّة أنّ كلّ ذلك برٌّ ومعروفٌ[3].

وذهب المالكيّة في قولٍ والشّافعي في القديم والحنابلة فيما عدا المكيل والموزون والظّاهرية إلى أنّها تصحّ وتلزم بالعقد نفسه، أعنِي: بالإيجاب والقبول وإن لم تُقْبَض، ولكنّها لا تَتمُّ إلاّ بالقبض[4].

---

(١) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٨/٢٤١، وانظر: الفروق ٢/١١٠-١١١.

(٢) انظر: المغني ٨/٢٤٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥/١٧٠-١٧١، و١٧٥-١٨٠.

(٤) انظر: بدية المجتهد ٤/١٦٢، وجامع الأمّهات ص ٤٥٤-٤٥٥، والذّخيرة ٦/٢٧٤، والقوانين الفقهية ص ٢٤٢، وفتح الباري ٥/٢٦٢-٢٦٤، و٤٦٧، =

من أدلّتهم:

١-أنّ هذا قول عليٍّ وابن مسعود -رضي الله عنهما-؛ حيث يُروَى عنهما أنّهما قالا: «الهبة جائزةٌ إذا كانت معلومةً، قُبِضَت أو لم تُقْبَضْ».

٢-قالوا: لأنّه إزالة مِلْكٍ بغير عوضٍ فلزم بِمُجَرَّد العقد؛ كالوقف والعتق.

٣-ولأنّه عقدٌ لازمٌ ينقل الْمِلْكَ فلم يقف لزومه على القبض كالبيع[1].

والذي يترجّح في نظري هو القول القاضي بأنّ القبض شرطٌ لِتمام عقود التّبرّعات، وفي ذلك وردت القاعدة: (لا يَتِمُّ التَّبَرُّعُ إلاّ بالقبض)، وذلك لما يلي:

١-أنّ القبض عند الجميع حقٌّ من حقوق العقود، ومقصدٌ من مقاصد المتعاقدين، ولَمّا لم يثبت دليلٌ صريحٌ في اشتراط القبض للزوم الهبة، بقي الرّجوع إلى العرف، وهو يقضي أنّ ثَمرة العقد هي تمكّن المتعاقد من التّصرّف فيما تعاقد عليه، ولا فائدة من كونه وهبه له شيئاً مع بقاء يده عليه، وعدم التّخلية بين الموهوب له والموهوب بإزالة الحائل والحاجز المانع.

٢-ولأنّ هذا القول هو الوسط بين القول القاضي بكون القبض شرط اللّزوم وبين القاضي بِعدمه.

٣-أنّ دعوى إجماع الصّحابة -رضي الله عنهم- على اشتراط القبض للزوم الهبة غير مُسَلَّمٍ، لوجود بعض الصّحابة -كعليّ وابن مسعود-

=

ومختصر الخرقي والمغني ٨/٢٤٤-٢٥٢، وقواعد ابن رجب ق (٤٩).

(١) انظر: المغنِي ٨/٢٤١.

الذين أجازوا الصّدقة قبل القبض؛ ومعلومٌ أنّ الهبة والصّدقة والعطية كلّها متقاربةٌ في المعنَى؛ فكيف يكون الإجماع مع المعارضة؟

٤- وأمّا قياس الهبة على القرض فغير مُسَلَّمٍ؛ لأنّ القرض يرجع فيه المقرض متَى أحبّ، والهبة لا يرجع فيها الواهب متَى أحَبَّ.

٥- وأمّا قياس الهبة على العارية فغير مُسَلَّمٍ أيضاً؛ لأنّ الهبة تفيد تَمليك العين والعارية عقدٌ يبيح الانتفاع بالعين، والمعير يجوز له الرّجوع في العارية متَى أحبَّ عند جمهور، والهبة والصّدقة ليستا كذلك[1].

المسألة الحادية عشرة: القبض في الرّهن شرط تَمامٍ، وحكمٌ من أحكامه:

الرّهن هو: مالٌ قَبْضُهُ تَوَثُّقٌ به في دَينٍ[2].

القبض للزوم الرّهن:

اتّفق الفقهاء في الجملة على أنّه شرطٌ في الرّهن[3]، واختلفوا هل هو شَرْطُ تَمامٍ أم شرطُ صحّة؟ على مذاهب:

المذهب الأوّل: أنّ القبض شرطٌ للزوم عقد الرّهن. وبه قال الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة في المذهب[4].

---

(١) انظر: مجلّة مجمع الفقه الإسلامي ع٦، ج١، ص ٦٠٧، والتّقابض ص ١٦٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/١٩٥، وأنيس الفقهاء ص ١٠٧، وجامع الأمّهات ص ٣٧٦، وحدود ابن عرفة ٢/٤٠٩، وحاشية الدّسوقي ٣/٢٣١، والمغني ٦/٤٤٣، ومنتهى الإرادات ١/٢٨٥.

(٣) انظر: المعونة ٢/١١٥٢-١١٥٤، بداية المجتهد ٤/٥٤، و٥٨، والمحلّى ٦/٣٦٣، ومراتب الإجماع ص ٦١.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٩٢، وبدائع الصّنائع ٥/١٩٨، والهداية ٤/١٢٦، =

من أدلّتهم:

١-قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[(١)].

وجه الاستدلال منه؛ من وجهين:

أوّلاً: أنّ القبض شرطٌ للزوم؛ لأنّه ذكر القبض مقروناً بذكر الرّهن على أنّه شرطٌ وليس بركنٍ[(٢)].

ثانياً: أنّ القبض ليس ركناً للرّهن، قال في بدائع الصّنائع: «ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرّهن، فلم يكن لقوله تعالى عزّ شأنُهُ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، معنًى؛ فدلّ ذكر القبض مقروناً بذكر الرّهن على أنّه شرطٌ وليس بركنٍ»[(٣)].

ولأنّه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض؛ كالقرض.

ولأنّه رهنٌ لم يُقْبَضْ فلا يلزم إقباضه؛ كما لو مات الرّاهن[(٤)].

المذهب الثّاني: أنّ الرّهن يصحّ بِمُجَرّد العقد، أي: بالإيجاب والقبول، ولا يَتمُّ إلاّ بالقبض، فهو شرطٌ لِتمام عقد الرّهن لا للزومه. وبه قال المالكيّة وقولٌ للحنفية ورواية عند الحنابلة[(٥)].

=

ومختصر المزني ص ١٣٦، والمهذّب ٢/١٤٥-١٥١، والمجموع ٩/١٩٣، ومختصر الخرقي والمغني ٦/٤٤٥-٤٤٧، والمقنع والشّرح الكبير ١٢/٣٩٠.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/١٩٨، وبداية المجتهد ٤/٥٤، ومختصر المزني ص ١٣٦، والمهذّب ٢/١٤٥-١٤٦، والمغني ٦/٤٤٦، والشّرح الكبير ١٢/٣٩١، وقواعد ابن رجب ص ٢٢١.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/١٩٨، والمراجع السّابقة.

(٤) انظر: المغني ٦/٤٤٦، والشّرح الكبير ١٢/٣٩١.

(٥) انظر: مختصر القدوري ص ٩٢، والمقدّمات ٢/٣٦٣، وبداية المجتهد ٤/٥٤،

=

دليلهم: قال في الذّخيرة: «لنا قوله تعالى ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾[(١)]؛ فجعل القبض صفةً للرّهن،والصّفة غير الموصوف، وليست صفةً لازمةً، وإلاّ لَمَا صحّ قوله: أُرْهِنُك هذا، ولم يُسَلِّمه إليه، وإذا كان الرّهن يتحقّق قبل القبض وجب الوفاء بالقبض لقوله: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[(٢)]»[(٣)]، وأيضاً: قياسه على الوصية.

المذهب الثّالث: أنّ القبض ركنٌ من أركان الرّهن، فلا يصحّ الرّهن ولا يجوز إلاّ بالقبض. وهو قولٌ للحنفية، قياساً على الهبة، ومذهب الظّاهرية[(٤)].

المذهب الرّابع: التّفرقة بين ما يكال وما يوزن، وبين غيره؛ فما كان مكيلاً أو موزوناً لا يلزم رَهْنُهُ إلاّ بالقبض، وأمّا ما عداهما فقيل: لا يلزم إلاّ بالقبض، وقيل: يلزم بِمجرّد العقد، قياساً على البيع. وهو قول بعض الحنابلة[(٥)].

قال الإمام ابن رشد مُبَيِّناً فائدة الخلاف: «وفائدة الفرق: أنّ مَنْ قال شرطُ صحّةٍ، قال: ما لَمْ يَقَعِ القبضُ لَمْ يَلزمِ الرَّهْنُ الرّاهِنَ، ومَنْ قال:

=

وجامع الأمّهات ص ٣٧٧، وعقد الجواهر ٧٢٢/٢، و٨٨٢، والذّخيرة ١٠٠/٨، والقوانين الفقهية ص ٢١٣، وحاشية الدّسوقي ٢٣١/٣، والمغني ٤٤٦/٦، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٩١/١٢-٣٩٧.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

(٣) الذّخيرة للقرافي ١٠٠/٨-١٠١، وانظر: المعونة ١١٥٣/٢، والمقدّمات ٣٦٣/٢.

(٤) قال في بدائع الصّنائع ١٩٨/٥: «وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركناً كالقبول»، وانظر: المحلّى ٣٦٣/٦.

(٥) انظر: المغني ٤٤٦/٦.

شرطُ تَمامٍ قال: يلزم بالعقد ويُجبَرُ الرّاهنُ على الإقباض))[١].

والذي يترجّح في نظري هو ما ذهب إليه المالكية وقولٌ للحنابلة القاضي بأنّ القبض ليس شرطاً لجواز الرّهن، ولا لصحّته، وليس ركناً منه، وإنّما هو شرطٌ لِتمامه، وحكمٌ من أحكامه، وذلك لما يلي:

١-أنّه لا يلزم من القول بعدم اشتراط القبض كون ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾، في الآية لغواً بدون فائدة؛ إذ إنّ ذكره له فوائد عظيمةٌ منها: أنّ الرّهن لا يكتفى فيه بِمجرّد العقد بل لا بدّ من التّسليم، ولذلك يُجبر على ذلك، فلو لم تكن هذه الصّفة لكان بالإمكان الاكتفاء بالعقد اللّفظي مع إبقاء المال المرهون في يد الرّاهن.

٢-وأيضاً، الآية وإن كانت قد وصفت الرّهان بكونها ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾، لكنها لا تدلّ على جعل الوصف ركناً للرّهن، بل لو كان ركناً له؛ لكان جزءاً من ماهيته، وحينئذٍ لَمَا احتاج إلى الذّكر، كما لا يحتاج لفظ البيع إلى الوصف بالإيجاب والقبول، بناء على هذا، فالآية لا تدلّ على أكثر من كون القبض مطلوباً معتبراً، وهذا يتحقّق بِجعل القبض شرطاً لِتمام الرّهن واستقراره.

٣-أمّا القول بالتّفرقة فليس عليه دليلٌ، بناء على هذا فهو تخصيصٌ بلا مُخصّصٍ، وتَحَكُّمٌ وتَرجيحٌ بلا مُرَجّحٍ، وقد قال في المغني[٢] إنّه ليس بصحيحٍ.

٤-أنّ قياس الرّهن على الهبة أو غيرها من عقود التّبرعات، قياسٌ مع الفارق؛ لأنّه في مقابل التزام مالي دونها.

---

(١) بداية المجتهد ٤/٥٤، وانظر: بدائع الصّنائع ٥/١٩٨، والقوانين الفقهية ص ٢١٣.

(٢) المغني لِموفّق الدّين ابن قدامة ٦/٤٤٦.

٥-أنّ على القول باعتباره ركناً؛ فإنّه يؤدِّي إلى إلغاء الإيجاب والقبول الصّادرين من الرّاهن والمرتهن ما دام لم يصحبه القبض، وكذلك لو جُعِلَ شرطاً للصحّة.

٦-كما أنّ القول باعتباره شرطاً للزوم يؤدِّي إلى أنّ العاقدين لهما حقّ الرّجوع قبل القبض، وعلى هذا، فلو قبض الرّاهن والمرتهن، وتَمَّ الإيجاب والقبول للرّهن؛فإنّه بإمكانه أن لا يُسَلِّمه؛ لأنّه غير مُلْزَمٍ،وهذا إجحافٌ كبيرٌ بِحقِّ المرتهن.

٧-وعلى ضوء مذهب المالكية؛ فإنّه يُجْبَر على تَسَلُّمِه فيكون فيه صونٌ لكلام العاقل من اللّغو والإلغاء، والذي يدعم هذا الدّليل أنّ الإنسان مُلْزَمٌ بالعقد الذي التزم به، ولا يحتاج بعد ذلك إلى شيءٍ آخر من قبضٍ ونحوه[1]. والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

تنبيه: تشترط استدامة القبض لصحّة القبض؛ فإذا قبض المرتهن المرهون ثم ردّه إلى الرّاهن بعاريةٍ أو وديعةٍ أو كراء بطل الرّهن[2].

مسألة: التّصرّف في المعقود عليه قبل قبضه:

التّصرّف إمّا بالبيع أو بغيره، فإن كان بالبيع إمّا أن يكون المبيع

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٩٨/٥، وبداية المجتهد ٥٤/٤، والتّقابض ص ١٨٣-١٨٤.

(٢) وذهب الشّافعية في قولٍ إلى عدم اشتراطها.

انظر: مختصر القدوري ص ٩٢، وبدائع الصّنائع ٢٠٥/٥، والهداية ٣٤/٣، والمعونة ١١٥٤/٢، وبداية المجتهد ٥٤/٤، و١٢٥، وعقد الجواهر ٧٧٣/٢، و٧٧/٨، و١٢٤-١٢٥، والقوانين الفقهية ص ١٦٦، و٢١٣، والمهذّب ١٤٨/٢-١٥٠، والمجموع ٢٥٧/١٢، وفتح الباري ٢٦٢/٥، والمغني ٤٤٨/٦، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٦٥/١٢-٣٦٦، وقواعد ابن رجب ص ٢٢١.

طعاماً أو غير طعامٍ ممّا يشترط القبض لصحّته، فما حكم تصرّف المشتري فيما اشتراه قبل قبضه؟

لا خلاف(١) في أنّ ما يَحتاج إلى القبض من المعقود عليه لا يجوز التّصرّف فيه ببيعٍ أو بغيره قبل قبضه؛ كالأموال الرّبوية، والمطعوم من المكيل والموزون، والمعدود والمذروع.

قال في المختصر: «ومَنِ اشترى ما يَحتاج إلى قبضه لَمْ يَجُزْ بيعُهُ حتَّى يقبضه»(٢)، قال في المغني: لم أعلم في هذا خلافاً، وأمّا غير ذلك فَيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الرّوايتين(٣).

---

(١) حكَى الإجماع الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ٣٨٢/٥-٣٨٣، و٣٨٩، وابن قدامة في المغني ١٨٨/٦-١٨٩، حيث قال: «ولم أعلم في هذا خلافاً، إلاّ ما حُكِيَ عن -عثمان- البَتِّي أنّه قال: لا بأس ببيع كلّ شيءٍ قبل قبضه. وقال ابن عبد البَرِّ: وهذا قولٌ مردودٌ بالسّنة والْحُجَّة الْمُجْمَعَة على الطّعام، وأظُنُّهُ لم يبلغه هذا الحديثُ، ومثل هذا لا يُلْتَفَتُ إليه، وأمّا غيره فَيَجوز بيعَه قبل قبضه في أظهر الرّوايتين»، وهذا الإجماع في الجملة، وإن كان الخلاف جارياً بينهم فيما يحتاج إلى القبض.

وانظر: بدائع الصّنائع ٤٨٢/٣، و٤٨/٤، و٦٠، و٣٩٤، و٣٩٥، و٤٥١، و٤٨٣، و٤٩٩، و٥٠٩، و٥٦٤، والهداية ١٧٢/٣، والمعونة ٩٦٩/٢، و١٠٠٢، والاستذكار ٣٨٢/٥-٣٨٥-٣٨٩، و٤٤٩، والمنتقى ٣٣٧/٦، وبداية المجتهد ٢٧٤/٣، وعقد الجواهر ٧٢٠/٢-٧٢١، والفروق ٢٧٩/٣، ف (١٩٨)، والذّخيرة ١٥٩/١، و٣٦٣/٤-٣٦٤، و١٣٣/٥، و١٤٩، و١١٦/٨، والمهذّب ٢٢/٢، و١٣٤، و١٥٤، و٤١٧، والمجموع ١٩٣/٩-١٩٨، وأشباه السّيوطي ص ٣١٤، ومختصر الخرقي ١٨٨/٦، و٤١٥، والمغني ١٨١/٦-١٨٤، و١٨٨-١٩١، و٤١٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٤٩٣/١١-٥١١، و٢٩٢/١٢، وإعلام الموقّعين ص ٣٠٩، وقواعد ابن رجب ق (٥٢) ص ٢٣٨، وانظر: فتح الباري ٣٩٣/٤-٣٩٤.

(٢) مختصر الخرقي ١٨٨/٦، وانظر: المقنع ٤٩٣/١١.

(٣) انظر: المغنِي لِموفّق الدّين ابن قدامة ١٨٨/٦-١٨٩.

قال في المغني مُبَيِّناً المراد من ذلك: ((والمـراد بالمكيـل والمـوزون والمعدود ما ليس بِمُتَعَيِّنٍ منه؛ كالقفيز، وصُبْرَةٍ[١]، والرِّطْل مِنْ زُبْرَةٍ -أي: القطعة الضّخمة-...، وأمّا الْمُتَعَيِّن فيدخلُ في ضمان المشتري؛ كالصّبرة يبيعها من غير تسمية كيلٍ))[٢].

قال في الشّرح الكبير: ((فصل: وكلّ مـا لا يَـدخُلُ في ضـمان الْمُشتَرِي إلاّ بقبضه، لا يَجوز له بَيعُهُ حتّى يَقْبِضَه))[٣].

مستند الإجماع[٤]:

١-نَهيه ﷺ عن بيع الطّعام قبل قبضه حيث قال ﷺ: ((مَنِ ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتّى يستوفيه))، وفي روايةٍ: ((مَنِ ابتاع طعاماً فلا يَبِعْهُ حتّى يقبضه))[٥].

٢-ولأنّه مِنْ ضمان بائعه فلم يَجُز بيعه؛ كالسَّلَم.

وأمّا ما عدا المذكور ففيه خلافٌ جارٍ على مذهبين:

المذهب الأوّل: لا يشترط القبض للتّصرف في المعقود عليه ببيعٍ أو بغيره، بل جائزٌ ذلك قبل قبضه، وهو مذهب المالكية والحنابلة، والشّافعية فيما مَلَكه بغير معاوضةٍ، وكلّ شيءٍ استقرّ مِلْكُهُ عليه؛ كـالميراث

---

(١) الصُّبْرَةُ: الكومةُ المجموعةُ من الطّعام. انظر: شرح منتهى الإرادات ١٤٣/٣، ومعجم لغة الفقهاء ص٢٤١.

(٢) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٨١/٦، و١٨٤.

(٣) الشّرح الكبير لشمس الدّين ابن قدامة المقدسي ٤٩٧/١١، وانظر: الإنصاف ٤٩٨/١١.

(٤) انظر: الاستذكار ٣٨٢/٥-٣٨٥-٣٨٩، و٤٤٩، والمجموع ١٩٨/٩، والمغنـي ١٨٣/٦، و١٨٨، والشّرح الكبير ٤٩٧/١١.

(٥) من حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما المتقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

والوصيّة[1]، ولهم في حقيقة الاستقرار تفاصيل.

أدلّتهم:

١-الأحاديث الصّحاح السّابقة الواردة في النّهي عن بيع الطّعام قبل استيفائه وقبضه، والضّرب عليه، لأنّ التّنصيص في هذه الأحاديث يدلّ على أنّ غيره بخلافه، قال في المغني: هذا في الطّعام وما أشبهه من مأكولٍ أو مشروبٍ، فلا يبيعه حتّى يقبضه، ومفهوم النَّهْي عن بيع الطّعام قبل قبضه يفيد إباحة بيع ما سواه قبل قبضه[2].

٢-حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- قال:...إنِّي أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدّنانير وآخذ الدّراهم، وأبيع بالدّراهم وآخذ الدّنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: ((لا بَأسَ أَنْ تأْخُذَها بِسِعْرِ يومِها، ما لَم تَفْتَرِقا وبينَكُما شيءٌ))[3].

٣-قال في المغني: ((وهذا تصرُّفٌ في الثَّمَنِ قبل قبضه، وهو أحدُ العِوَضين))[4].

٤-وحديث جابر في قصة جمله، وحديث ابن عمر في قصة بَكْرِهِ الصَّعْب -رضي الله عنهم-.

---

(١) انظر:بداية المجتهد٣/٢٧٤،و٢٧٧-٢٨٤،والمجموع٩/١٩٣،و١٩٨،وأشباه السّيوطي ص٥٣٠، والمغني ٦/١٨١-١٨٤،و١٨٩-١٩١،و٨/٢٤٢،والمقنع مع الشّرح الكبير والإنصاف١١/٤٩٣فما عدها.

(٢) انظر:المغني١/١٨٢، وانظر:المجموع ٩/١٩٨، والمغني٦/١٨١-١٨٣، والشّرح الكبير ١١/٤٩٦.

(٣) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٤) المغني لِموفّق الدِّين ابن قدامة ٦/١٩٠.

٥-قال في المغني: «وهذا ظاهره التّصرّف في المبيع بالهبة قبل قبضه...،
٦-ولأنّه أحد نوعي الْمَعقود عليه؛ فجاز التّصرّف فيه قبل قبضه؛ كالمنافع في الإجارة؛ فإنّه يَجوز له إجارة العين الْمستأجر قبل قبض الْمنافع.
٧-ولأنّه مَبيعٌ لا يتعلّق به حقّ توفيةٍ فصحّ بيعه؛ كالمال في يد مُودِعِهِ أو مُضارِبِه»[١].
٨-ولأنّ مِلْكَه مُستقرٌّ، فجاز التّصرّف فيه كالمبيع بعدالقبض، وما ملكه بإرث أو وصية[٢].

والمذهب الثّاني: منع التّصرّف بالبيع في المعقود عليه مطلقاً، سواء كان ذلك طعاماً أو غير طعامٍ، مالاً ربويّاً أو غيره، فهؤلاء لا يجوز عندهم بيع كلّ شيءٍ قبل قبضه. وبه قال الحنفيّة والشّافعيّة ورواية عند الحنابلة، إلاّ أنّ الحنفيّة أجازوا بيع العقار قبل قبضه، وكذلك الدّيون إلاّ رأس مال السَّلَم فلا يجوز لعموم النّهي، وكذا الْمُسْلَم فيه، وكذا لا يجوز بدل الصّرف في الابتداء ويجوز في الانتهاء[٣].

قال في بدائع الصّنائع: «أصل أصحابنا -أي: الحنفية-: أنّ جميع الدّيون يجوز التّصرّف فيها قبل القبض؛ كأثمان البياعات، والعروض، والغصوب، إلاّ بدل الصّرف والسّلم، إلاّ أنّه لا بدّ من القبض في المجلس؛

(١) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٩٠/٦.
(٢) انظر: المهذّب ٢٢/٢، والمجموع ١٩٨/٩.
(٣) وجواز بيع العقّار قبل قبضه قول أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، ومَنْعُهُ قول محمّد قياساً. انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٢/٣، و٥٠٩، و٦٠٧، و٦٠/٤، و١٠٠، و٣٩٤، و٣٩٦، و٣٩٧، و٣٩٨، و٣٩٩، و٤٩٩، والمهذّب ٢٢/٢، و٤١٧، و٤٢٣، والمجموع ١٩٣/٩، والمغني ١٨٩/٦.

لئلاّ يكون افتراقاً عن دَينٍ بدَين»[1].

وللشّافعية تفصيلٌ في التّصرّف في المعقود عليه قبل قبضه، قال في المجموع: المال المستحَقّ للإنسان عند غيره قسمان: دَينٌ وعَينٌ...، وأمّا العين فضربان: أمانةٌ ومضمونٌ.

الضّرب الأوّل: الأمانة، فيجوز للمالك بيع جميع الأمانات قبل قبضها؛ لأنّ الملك فيها تامٌّ، وهي: كالوديعة في يد المودَع، ومال الشّركة والقراض في يد الشّريك والعامل، فالمال في يد الوكيل في البيع بعد فكاك الرّهن، وفي يد المستأجر بعد فراغ المدّة، والمال في يد الولِيّ بعد بلوغ الصّبِيّ ورشده، ورشد السّفيه، وإفاقة المجنون، وما كسبه العبد باصطيادٍ واحتطاب واحتشاشٍ ونحوها، أو قَبِلَهُ بالوصية قَبْلَ أن يأخذه السّيّد من يده، وما أشبه هذا كلّه يجوز بيعه قبل قبضه.

ولو وَرِثَ مالاً فله بيعه قبل قبضه، إلاّ إذا كان المورِّث لا يَملك بيعه أيضاً، بأن اشتراه ولم يقبضه...

الضّرب الثّاني: المضمونات، وهي نوعان: الأوّل المضمون بالقيمة، ويُسَمَّى ضمان اليد؛ فيصحّ بيعه قبل قبضه لِتمام الْمِلْك فيه، ويدخل فيه ما صار مضموناً بالقيمة بعقدٍ مفسوخٍ وغيره، حتّى لو باع عبداً وجد المشتري به عيباً وفسخ البيع كان للبائع بيع العبد قبل أن يستردّه ويقبضه...، ولو فسخ السَّلَم لانقطاع الْمُسَلَم فيه كان للمسلِم بيع رأس المال قبل استرداده...

النّوع الثّانِي: المضمون بعِوَضٍ في عقد معاوضةٍ، لا يصحّ بيعه قبل

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٣/٥٠٩.

قبضه، وذلك كالمبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن المال، والعِوَضين في الهبة بشرط ثواب؛ حيث صحّحناها...

وأمّا بيع الصّداق قبل القبض من يد الزّوج ففيه قولان...، بناء على خلافٍ في كونه مضموناً على الزّوج ضمانَ العقد؛ كالبيع، أم ضمان اليد كالعارية، والأصحّ ضمان العقد[١].

من أدلّتهم:

١-أحاديث النّهي عن بيع الطّعام قبل قبضه[٢]، وقد قال ابن عبّاس -رضي الله عنهما-: «وما أحسب كلَّ شيءٍ إلاّ مثله»[٣]،أي:أنّ غير الطّعام مثله.

٢-وحديث ابن عمر -رضي الله عنهما- عن رسول الله ﷺ أنّه نهى أَنْ تُباعَ السِّلع حيث تُشتَرى حتّى يَحوزَها الذي اشتراها إلى رَحله، وإن كان ليبعث رجالاً فيضربونا على ذلك[٤].

٣-نَهيه ﷺ عن أَنْ تُباعَ السّلع حيث تُبْتَاعُ حتَى يَحُوزها التّجار إلى رحالهم[٥].

---

(١) انظر: المجموع للنّووي ١٩٤/٩، وانظر: قواعد ابن رجب ق (٤٩).

(٢) تقدّم تخريجه قريباً، من هذه القاعدة.

(٣) تقدّم تخريجه قريباً، من هذه القاعدة.

(٤) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة عند الحاكم.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ٧٦٥/٣، كتاب البيوع، باب في بيع الطّعام قبل أن يُستَوفَى، برقم: (٣٤٩٩)، والحاكم في المستدرك ٤٦/٢، برقم: (٢٢٧١).
والحديث صحيحٌ، صحّحه الحاكم وابن حبّان، قال في نصب الرّاية ٣٢/٤: «ورواه ابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرك وصحّحه».
وصحّحه النّووي في المجموع ١٩٨/٩؛ حيث قال: «رواه أبو داود بإسناد صحيحٍ، إلاّ أنّه من رواية محمّد بن إسحاق بن يسار عن أبي الزّناد، وابن إسحاق مُختَلَفٌ في الاحتجاج به، وهو مُدَلِّسٌ، والمدلّس إذا قال: عن، لا يُحتَجُّ به، لكن لم يُضَعِّف أبو =

٤-نَهيه ﷺ عن شراء الصّدقات حتّى تُقْبَضَ[١].

٥-قال في فتح الباري: هذه الأحاديث حجّة على مَنْ أجاز بيع كلّ شيء قبل قبضه[٢].

٦-ولأنّه لَم يَتِمَّ الْمِلْكُ عليه، يعني: مِلْكه عليه غير مستقرٌّ؛ لأنّه رُبّما هلك، فانفسخ العقد؛ فلم يَجُز بيعه؛ كغير الْمُتَعَيَّن، أو الْمكيل والموزون[٣].

أجاب القائلون بِجواز بيع ما عدا الأموال الرّبوية والطّعام عن أدلة المانعين بما يلي:

١-أنّ أحاديثهم لم يصحّ منها إلاّ حديث الطّعام، وأجابوا عنه بـ:

٢-حمل النّهي على الطّعام فقط، واحتجّوا باتّفاق العلماء على أنّ مَنِ اشترى عبداً فأعتقه قبل قبضه أنّ عتقه جائزٌ، قالوا: فالبيع كذلك[٤].

أجيب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أنّه دليلٌ في غير محلّ النّزاع، فإنّ محلّ النّزاع هو التّصرّف بالبيع في المعقود عليه قبل قبضه وليس التّصرّف بغير البيع.

=

داود هذا الحديث، وما لم يُضَعِّفه فهو حُجَّةٌ عنده، فلعلّه اعتضد عنده، أو ثبت عنده سماع ابن إسحاق له من أبي الزّناد».

وانظر: سبل السّلام ٣/١٥، و١٧، و١٨، والدّراية ٢/١٥٥، والتّلخيص الحبير ٣/٢٤، والسّيل الجرار ٣/١٤، ونيل الأوطار ٥/٢٥٦.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه ٢/٧٤٠، كتاب التّجارات، باب النّهي عن شراء ما في بطون الأنعام، برقم: (٢١٩٦)، وضعّفه الألباني، ضعيف سنن ابن ماجه (٢١٨٧/٤٧٧)، وإرواء الغليل٥/١٣٢، (١٢٩٣).

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤/٤١٠.

(٣) انظر: المهذّب ٢/٢٢، والمجموع ٩/١٩٨، والمغني ٦/١٨٩-١٩٠.

(٤) انظر: المجموع ٩/١٩٨، وفتح الباري ٤/٤١٠، والمغني ٦/١٩٠.

والثّاني: أنّ هذا القياس قياسٌ مع الفارق؛ حيث إنّ الشّارع تشوّف إلى العتق.

٣-أنّه حجّةٌ بمفهومٍ لجواز بيع كلّ شيءٍ قبل قبضه ما عدا الطّعام والرّبويات؛ لأنّ تخصيصه الطّعام بالنّهي عن بيعه قبل قبضه، يدلّ على إباحة ذلك فيما سواه[١].

٤-قال في المغني: «أمّا قولهم: لَمْ يَتِمَّ الْمِلْكُ عليه، فأجابوا عنه بأنّه مَمْنوعٌ؛ فإنّ السّبب الْمُفْضِي لِلْمِلْك مُتَحَقّقٌ، وأكثر ما فيه تَخَلّفُ القبض، واليد ليست شرطاً في صحّة البيع، بدليل جواز بيع المال الْمُودَعِ، والْمَوروث، والتّصرّف في الصّداق، وعوض الْخُلْع عند أبي حنيفة»[٢].

وبهذا يترجّح القول بجواز التّصرّف في المملوكات سواء بعقود المعاوضات؛ كالبيع وغيره، أم عقود غير المعاوضات؛ كالوصية، والهبة، والصّدقة، أو بغير العقود؛ كالميراث، والغنيمة، والاستحقاق من أموال الوقف، أو الفيء للمتناولين منه، أو الرّواتب، إذا ثبت مِلْكُهُ واستقرّ، جاز التّصرّف فيه بوجهٍ من وجوه التّصرّفات من بيعٍ أو هبةٍ أو مهرٍ وغيره، لِمَنْ بيده المعقود عليه أو لغيره، إلاّ ما لا يجوز بيعه قبل قبضه، وهو الطّعام والرّبويات؛ فإنّه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه[٣]. والله - سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

قال في المجموع في معرض ذكره لِمذاهب العلماء في بيع المبيع قبل

---

(١) انظر: المغني ٦/١٩٠.

(٢) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٦/١٩٠-١٩١.

(٣) انظر: المغني٦/١٩١،والشّرح الكبير١١/٥٠٩، وقواعد ابن رجب ق (٥٢)، وانظر منه ق (٤٣-٥١).

القبض: «... و-المذهب- الرّابع: يَجوز بيع كلّ مبيعٍ قبل قبضه إلاّ المأكول والمشروب...، وهو أصحّ المذاهب لِحديث النَّهْي عن بيع الطّعام قبل أن يُستَوفَى»[1]؛ وهذا يقتضي أنّ الطّعام خاصّةً لا يدخل في ضمان المشتري حتّى يقبضه، وأنّ غيره خلافه.

قال في المغني: «فصلٌ: وكلّ عوضٍ مُلكَ بعَقد يَنْفَسِخُ بهلاكه قبل القَبْض، لَم يَجُزِ التَّصرُّف فيه قبل قبضه؛ كالذي ذكرنا، والأُجْرَةُ، وبدلُ الصّلحِ إذا كانا من الْمَكيل أو الْمَوزون أو الْمَعدود، وما لا ينفسخ العقد بِهلاكه جاز التّصرّف فيه قبل قبضه؛ كَعِوَض الْخُلع، والعتْق على مال، وبدل الصّلح عن دم العمد، وأرش الْجناية، وقيمة الْمُتْلَف؛ لأنّ الْمُطْلَقَ للتَّصرّف الْمِلْكُ وقد وُجدَ. لكنَّ ما يُتَوَهَّمُ فيه غرر الانفساخ بِهلاك الْمَعقود عليه، لم يَجُزْ بناءُ عقدٍ آخر عليه؛ تَحَرُّزاً مِنَ الغرر، وما لا يُتَوَهَّم فيه ذلك الغرر انتفى المانع؛ فجاز العقد عليه». ثم قال:

«وأمّا ما مُلكَ بإرث، أو وصية، أو غَنيمة، وتعيَّن مِلْكُهُ فيه؛ فإنّه يَجوز له التّصرَّفُ فيه بالبيع وغيره قبل قبضه؛ لأنّه غير مضمونٍ بعقد معاوضةٍ، فهو كالمبيع الْمَقْبُوض، وهذا مذهب أبي حنيفة والشّافعي، ولا أعلم عن غيرهم خِلافَهم.

وإن كان لإنسانٍ في يد غيره وديعةٌ أو عاريةٌ أو مُضارَبَةٌ أو جَعَله وكيلاً فيه، جاز له بيعُهُ مِمَّن هو في يده، ومن غيره؛ لأنّه عينُ مالٍ مَقدورٍ على تسليمها، لا يُخْشَى انْفِسَاخُ الْمِلْكِ فيها، فجاز بيعها؛ كالتي في يده.

---

(١) المجموع للنّووي ١٩٧/٩، وانظر: الفروق ٢٨٠/٣، وفتح الباري ٤١٠/٤، والمغني ١٨٢/٦.

وإن كان غصباً جاز بيعه مِمَّن هو في يده؛ لأنّه مقبوضٌ معه، فأشبه بيعَ العارية مِمَّن هي في يده.

وأمّا بيعه لغيره فإن كان عاجزاً عن استنقاذه أو ظنّ أنّه عاجزٌ لم يصحَّ شراؤه له؛ لأنّه معجوزٌ عن تسليمه إليه فأشبه بيع الآبق والشّارد، وإنْ ظَنَّ أنّه قادرٌ على استنقاذه مِمَّن هو في يده صحّ البيع؛ لإمكان قبضه؛ فإنْ عجز عن استنقاذه فله الْخيار بين الفسخ والإمضاء؛ لأنّ العقد صحّ؛ لكونه مَظنون القُدرة على قبضه، ويثبت له الفسخ للعجز عن القبض؛ فأشبه ما لو باعه فرساً فشردت قبل تسليمها، أو غائباً بالصّفة فعجز عن تسليمه»[١].

مِنْ صُوَر التّقابض المعاصرة، وأثر القبض في البيوع الحديثة:

بِمَا أنّ موضوع القاعدة -وهو القبض والتّقابض في العقود- من المواضيع الهامّة والمهمّة، يَتجدّد تَجدُّدَ حاجة الإنسان في حياته اليومية، والعلماء -كما تبيّن جليّاً فيما سبق- اهتمّوا به اهتماماً كبيراً، وأعلوه عنايةً عظمى يستحقّها، حفاظاً على التّعامل بالحلال وتناوله، وحذراً من الوقوع في الحرام وأكله.

وموضوع القبض والتّقابض أصبح البحث فيه أكثر أهمّيةً، وذلك لِتجدّد وسائل التّعامل في أبواب المعاملات المعاصرة، فالأمر بحاجة إلى دراسة مذاهب الفقهاء القدامى واستخلاص القواعد منها لكي تُنزّل

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩١/٦-١٩٢، وانظر: بدائع الصّنائع ٥٠٩/٣، و٤٧/٤، و٣٩٤، و٣٩٥، و٣٩٦-٣٩٧، و٥٠٩، والذّخيرة ١٤٥/٥، والمهذّب ٢٢/٢-٢٣، و٢٢٣، والشّرح الكبير للمقدسي ٥٠٩/١١، وقواعد ابن رجب ق (٥١) ص ٢٣١، وق (٥٢) ص ٢٣٧، والمحلّى ٤٦٤/٧.

وتُخَرَّج عليها صور القبض في المعاملات المعاصرة التي تعدّدت وسائلها بفضل ما مَنَّ الله به على البشرية من التّقدّم العلميّ، والاكتشافات التّكنولوجية.

والأمّة بالخير –ولله الحمد–؛ حيث قيّض الله لهذه الأمّة رجالاً ونساء عدولاً ذوي علمٍ وافرٍ، بلغوا من العلم ما يؤهّلهم النّظر في النّوازل والمستجدّات، وإلحاقها بالنّصوص الشّرعية، وأقوال الفقهاء السّابقين، أو تخريجها عليها، ولا شكّ أنّ في صِيَغ المعاملات الإسلامية ما يتّسعُ لاستيعاب المستجدّات العصرية، وقد بحثوا في صور القبض والتّقابض المعاصرة، والتّكييف الفقهي لها، وأثر القبض في المعاملات المعاصرة[1].

أَذْكُرُ ما أمكن من خلاصة قولهم في هذا الموضوع، ومن تلك الصّور إجمالاً[2]:

١- الشيك	٢-الشيك السياحي	٣-قبض أوراق البضائع	٤-القيد على الحساب في الصرف
٥- الكمبيالة	٦-أسهم الشركات	٧-التسجيل العقاري ٨-بطاقة الائتمان	٩-القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل

---

(١) انظر مثلاً: أبحاثاً في مسائل القبض في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/١/٤٥٥ فما بعدها.

(٢) انظر: أبحاثاً في مسائل القبض في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/١/٤٥٥ فما بعدها، و٦٥٥، فما بعدها.

مسألة: بطاقة الائتمان:

بطاقة الائتمان هي مصطلحٌ مُتَرْجَم عن أصـــله اللاتيني، كمـــا في معجم كولِن كوبيود:

A credit card is a plastic card that you use to buy goods on credit[1].

معناه: (بطاقة الائتمان هي: بِطاقَةٌ بلاستيكية تُسْتَخْدَم لشراء البضائع دَيْناً).

وأمّا مفهومه في المصطلح العربي، فقد ورد تعريفها في المعجم الاقتصاد العربي بأنّها: (بطاقةٌ خاصّةٌ يصدرها المصرف لعميله، تُمَكِّنه من الحصـــول على السّلع والخدمات من مَحَلاّت وأماكنَ عند تقديمه لهذه البطاقة، ويقوم بائع السّلع أو الخدمات بتقديم الفاتورة الْمُوَقَّعة من العميلِ إلى المصـــرف - مصدر الائتمان-؛ فَيُسَدِّدُ قيمَتَها له، ويُقَدِّمُ المصرفُ للعميل كشفاً شـــهريّاً بإجمالي القيمة لتسديدها أو لِخصمها من حسابه الجاري)[2].

والمؤسّسات أو البنوكَ يَمنح هذه البطاقات غالباً للعمـــلاء الـــذين لدَيهم حساباتٌ جاريةٌ ودائماً لديها، ومن أمثلة هذه البطاقات:

م	بالعربية	بالإنجليلية
١	الفيزا كارت	Visa card
٢	الماستر كارت	Master card
٣	الدّاينرز كلوب	Diners club

(١) Collins Cobuild on CD-ROM-lexicom

(٢) معجم المصطلحات التّجاري، لأحمد زكي بدوي ص ٦٢، نقلاً عن التّقابض ص ٢٦٠، وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/١/٦٥٣.

وأكثرها انتشاراً حسب علمي هي النّوع الأول (الفيزا كارت)، ومُنَظّمة الفيزا ليست مؤسّسة مصرفيةً، وليست جهةً مصدِّرةً لهذه البطاقات، وإنّما هي عبارة عن ناد يساعد البنوك الأعضاء على إدارة خدماتهم، وتتكوّن إدارتها من مُمَثِّلي البنوك الأعضاء، وتَمنح منظمة الفيزا العالمية تراخيص إصدار ثلاثة أنواع من بطاقاتها:

١- بطاقة الفيزا الفضّيّة: وهي ذات حدود ائتمانية مُنْخَفضة نِسبيّاً، وتُمنَحُ لأغلب العملاء عند انطباق الحدّ الأدنَى من المتطلّبات عليهم، وتوفّر جميع أنواع الخدمات المتوفّر لدى منظّمة الفيزا.

٢- بطاقة الفيزا الذّهبيّة: وهي ذات حدود ائتمانية عالية، وتُمنح للعملاء ذوي الكفاءة المالية العالية، وتَمنح العملاء إضافةً إلى الخدمات الْمُتوفّرة للبطاقة السّابقة، تأميناً على الحياة وخدمات أخرى دوليّةً فريدةً، مثل: أولية الحجز في مكاتب السّفر والفنادق والتّأمين الصّحّيّ والخدمات القانونية.

٣- بطاقة الفيزا الإلكترونية: تُستَخدَم في أجهزة الصّرف الآلي الدّولية أو في الأجهزة القارئة للشّريط المغناطيسي، وتُسَمَّى بـ: (بطاقات الصّرف الآلي -ATM- AUTOMATED TELLER MACHINE)[1].

التّكييف الفقهي لبطاقة الائتمان حكم التّعامل بِها:

---

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٧، ج١، ص ٦٥٤ و٦٥٦، فما بعدها، والتّقابض ص ٢٦١-٢٦٢. وCollins Cobuild

بطاقات الائتمان لها شأنٌ عمليٌّ كبيرٌ في عصرنا الحاضر؛ فهـــي في المجتمعات الغربية تُعتَبَر من الأساسيّات، كما أنّها في بلادنـــا الإســـلامية أصبحت على مستوى الأفراد من متطلّبات التّعامل اليومي؛ لِمَـــا تقـــدّم لحاملها من السّهولة واليسر الكبير في معاملاته اليومية، بالإضافة إلى توفير الضّمان والأمان الماليَين.

لقد بَحث العلماء المعاصرون حكم التّعامل ببطاقة الائتمان بتكييفها تكييفاً شرعيّاً بجوانبها المتعدّدة، وخلاصة بحثهم أنّ بطاقة الائتمان التي لا تتضمّن قرضاً ربويّاً للعميل من الجهة المصدِّرة تُعْتَبَرُ جائزةً؛ إذ إنّ قيمـــة الفواتير فور تسليمها مِنَ المصرف تُسَجَّل في الجانب الْمَدِين مِن حســـاب العميل لدَى المصرف، فهي بطاقة ائتمانٍ مدينةٌ، أي: تنتهي إلى الطّـــرف المدين من حساب العميل(١).

وأمّا التّكييف الفقهي الشّرعي لها فقد اختلفت وجهات نظر العلماء المعاصرين فيه؛ فَمنهم مَنْ كَيَّفَها على أساس أنّها وكالةٌ، وقيل: إنّها مـــن قبيل الضّمان، وقيل: من قبيل الكفالة، وقيل: من قبيل القرض الحســـن، وقيل: من قبيل الحوالة أو الحوالات المصرفية، أو الوكالة بأجرٍ، وقيل: من قبيل الوكالة بالقبض وغير ذلك، والحاصل أنّ كلّ عقد من هذه العقـــود التي خرّجوها عليها جائزٌ، فتكون بطاقة الائتمان جائزٌ التّعاملُ بها شرعاً، وإن كان أقرب التّكييف كونها كفالةً أو جُعالةً(٢).

---

(١) انظر: بطاقة الائتمان -دراسة موجزة-، د. رفيق المصري، بَحثٌ مقدَّمٌ لمجمـــع الفقهي الإسلامي، انظر: مجلّة المجمع، ع٧، ج١، ص ٤٠٧-٤١١، والتّقابض ص ٢٦٥-٢٦٨.

(٢) انظر: نقاشهم حول تكييفها في مجلة المجمع الفقهي، ع٧، ج١، ص ٦٥١-٦٥٧- =

صورة القبض في بطاقة الائتمان:

بعد هذه الدراسة الموجزة لبطاقة الائتمان، تبقى معرفة حكم القبض بالنّسبة لها،والصّورة التي تظهر فيها القبض في معاملاتها المصرفية والتّجارية.

ممّا لا شكّ فيه أنّ البيع والشّراء ببطاقة الائتمان لا يتصوّر فيه القبض الحقيقيّ الحسِّيّ، أيعتبر قبضاً حكميّاً أم لا؟ وما الحكم إذا اشترى ببطاقة الائتمان الذّهب والفضّة؟

تباينت وجهات نظر العلماء المعاصرين في اعتبار الدّفع ببطاقة الائتمان قبضاً حكميّاً[١]:

الوجهة الأولَى: أنّ الدّفع بها لا يعتبر قبضاً حكميّاً، إذا لم يكن هناك رصيدٌ لحاملها الذي سيضطرّ للدفع فيما بعد[٢].

الوجهة الثّانية: أنّ الدّفع بها يعتبر قبضاً حكميّاً في شراء الأموال والسّلع والبضائع، أمّا النقود والذّهب والفضّة والأموال الرّبويّة فلا يعتبر ذلك قبضاً بحالٍ من الأحوال[٣].

وذلك لأنّ هذه البطاقات من قبيل القبض الحكميّ، ولا يُعتَبَر القبض الحكميّ في قضايا النّقود.

=

٦٥٩-٦٦٤-٦٦٩-٦٧٢-٦٨٠-٦٨٢، والتّخريج الفقهيّ لبطاقة الصّراف، والمرجع السّابق.

(١) انظر: نقاشهم حول تكييفها في المرجعين السّابقين.

(٢) هذا رأي الدّكتور عليّ السّالوس. انظر: المرجعين السّابقين.

(٣) هذا رأي الدّكتور وهبة الزّحيلي. انظر: المرجعين السّابقين.

الوجهة الثّالثة: أنّ الدّفع بها يعتبر قبضاً حكميّاً مطلقاً، في شراء جميع أنواع الأعيان حتّى لو كانت من النّقود.

تعليله ما جاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: «نحن قد اعتبرنا القبض الحكميّ في مسائلَ أخرى، منها: مسألة التّحويلات، وشراء الشّيكات ونحو ذلك، فما المانع من أن نَعْتَبِر الدّفع بالبطاقة في الحصول على أموال نقديّة دَفعاً حكميّاً؟ والدّفع الحكميّ لِمَاذا لا نَعْتَبِرُهُ أنّه في هذه الحال دفعاً حقيقيّاً، وإلاّ لانسدّ باب التّعامل في أوجهٍ كثيرةٍ»[١].

التّرجيح:

بالنّظر إلى تلك الآراء وعلّلها، وتَنْزيلها على الواقع يمكن القول بالجمع بين الوجهتين الأولى والثّالثة؛ فالدّفع ببطاقة الائتمان يعتبر قبضاً حُكميّاً جائزاً في شراء جميع الأعيان بما فيها الأموال النّقدية إذا كان لِحاملها رصيدٌ يَجعل للبطاقة قيمةً نقديّةً مضمونةً، حينئذٍ تقوم هذه البطاقة مقام النّقد، وبناء عليه يتحقّق التّقابض في مجلس العقد.

وهذا الذي يتلائم مع المستجدّات والتّطوّرات العصرية، وبخاصة في مجال الخدمات المصرفية والتي اجتاحت أنْحاء المعمورة، وبذلك نَجتنب أن نضع عراقيل أو سدوداً وحواجزَ في وجه أمورٍ أصبحت عالَميةً، ويصعب منع الدّخول فيها، فليس من الضّروري أن نسدّ كلّ باب، لكن من الْمُمكن تنقيته من الشّوائب، وليست البراعة في أن نُحَرِّم كلّ شيء، وإنّما البراعة في أن نُحَافِظَ على جوهر الأحكام الشّرعية بقدر الإمكان

---

(١) بحثٌ مُقَدّمٌ مِن الشّيخ حمزة، لِمجمع الفقه الإسلامي، انظر: مجلته ع٧، ج١، ص ٦٨٠-٦٨١.

بمختلف الاجتهادات، والتّعامل الاقتصادي الآن في العالَم يقتضي إعـادة النّظر في مفهوم القبض، وإلاّ فإنّنا سنواجه مشكلات كبيرةً[(١)].

بناءً على هذا، يجوز الصّرف ببطاقة الائتمان إذا كان لها قيمةٌ ماليّـةٌ - أعني: رصيداً- في البنك؛ لأنّه يتحقّق بذلك القبض الحكمي في مجلس العقد.

كما يجوز استيفاء الدَّين بقبض عملةٍ خلاف العملة التي حدث بها الدَّين، بشرط أن يَتِمَّ القبض فعلاً، وأن يكون بسعر الصّرف الجاري وقت القبض، بدليل حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدّنانير وآخذ بالدّرهم...»[(٢)].

مسألة: القبض في الشّيك:

الشّيك هو: (صكٌّ يأمر فيه السّاحب المسحوب عليه بدفع مبلغٍ مِنَ النُّقود من حسابه لدَيه، إمّا إلى السّاحب نفسه وإمّا إلى شخصٍ آخر وإمّا لحامله)[(٣)].

التّكييف الشّرعي له:

للعلماء المعاصرين في تكييفه وجهتان:

الأولى: أنّه في حكم ورقةٍ نقدية، وتَسَلُّمُهُ من المصرف بِمَنْزلة تَسَلُّم قيمةٍ.

تعليله: أنّه بالنّظر إلى الشّيكات؛ فإنّها تُعْتَبر في نظر النّاس وعرفهم وثقتهم بمَنْزلة النّقود الورقية، أو أنّه يَجري تداولها بينهم كالنّقود تظهيراً وتحويلاً.

---

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٧، ج١، ص ٦٧٠، و٦٧٢، و٦٨١.

(٢) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٣) انظر: حكم قبض الشّيك للشّيخ عبد الله منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٧٢/١/٦، والتّقابض ص٢٨٤، وقبض الشّيك، د/ الرّبعيّ.

ولأنّها مَحميةٌ في قوانين جميع الدّول؛ من حيث إنّ سحب الشّيك على جهةٍ ليس للسّاحب فيها رصيدٌ يفي بقيمة الشّيك المسحوب يُعتَبَر جريمةً شديدةً، يقاضى عليها قوانين العقوبات في أغلب الدّول، فإذا نظرنا إلى هذه الاعتبارات، يمكن القول: بأنّ تسليم الطّرف الوسيط شيكاً بقيمةٍ ما قبضٌ من طالب التّحويل بِمَنْزلة دفع بدل الصّرف في المجلس(١).

ولأنّ النّقود في اصطلاح الاقتصاديِّين هي: كلّ ما يُستَخْدَمُ وسيطاً في تبادل السّلع والخدمات، ويلقى القبولَ العامَّ من النّاس، دون نظر إلى الشّكل الذي تكون عليه، فقد تَتّخذ النّقود الشّكلَ المعدنِيّ، مثل النّقود الذّهبيّة والنّقود الفضّيّة، أو الشّكل الورقِيّ، مثل النّقود الورقيّة الإلزاميّة التي تصدرها البنوك المركزيّة، أو شكل النّقود الائتمانية (المصرفيّة)(٢).

الوجهة الثّانية: أنّ الشّيك ليس ورقةً نقديّةً، وإنّما هو وثيقةٌ بدَينٍ تقضي بإحالته من ذمّة ساحبه إلى ذمة المسحوب عليه، مع بقاء مسؤولية ساحبه حتّى سداده، وأنّه لا ينبغي أن يسحب إلاّ على مَنْ لديه مقابل وفائه، وأنّه لا يلزم لاعتباره شيكاً قبول المسحوب عليه، وهذه الخصائص هي للحوالة(٣).

ولعلّ أرجح الوجهتين أولاهما، وذلك لقوّة تعليلها، بناء على ذلك يكون قبض الشِّيك قبضٌ لِمحتواه، وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي برقم: ٩/١/٨٨ بشأن تِجارة الذّهب والحلول الشّرعية، وفيه: «يَجوز شراء الذّهب والفضّة بالشّيكات المصدّقة على أن يَتِمَّ التّقابض بِالمجلس».

---

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/١/٦٧٩، و٦٩١، والتّقابض ص ٢٨٥.

(٢) انظر: المرجعين السّابقين.

(٣) انظر: المرجعين السّابقين.

قال في المغني: «الحوالة بِمَنْزلة القبض»، و«الحوالة كالتّسليم»[١]، وقد تقدّم[٢] أنّ المرجع في القبض العرف، وعرف النّاس اعتبار الشيكات قبضاً في حوالاتهم، وأصبحت هي الأداة الرّئيسية التي تُنْقَلُ بها مِلْكيَة النّقود المودَعة في الحسابات الجارية بالمصارف.

مسألة: القبض في الكمبيالة:

هي أمرٌ مكتوبٌ وفقاً لأوضاعٍ معتبرةٍ معيَّنةٍ حددتها الأنظمة المختصة بإصدار تنظيمات الأوراق التجارية، يطلب بها شخصٌ يسمى الساحب من شخصٍ آخر يسمى المسحوب عليه أن يدفع بمقتضاها مبلغاً مُعَيَّناً من النقود للمسحوب له أو لأمره من غير تعليقٍ على شرط.

وليست حقيقة جميع الكمبيالات واحدةً، وإنما بعضها يشارك الشَّيك في صفاته وهي المسحوبة على البنك أو مصرفٍ يجب دفع قيمتها بمجرد الاطلاع عليها، فتأخذ أحكام الشيك في القبض والتداول بالتظهير[٣].

مسألة القبض في الشّيكات السّياحيّة:

اختلف في قبض الشيك السياحي تبعاً للاختلاف في تكييفه، هل هو من قبيل الشيك المتعارف عليه؟ أو هو سندٌ لآمر؟ أم هو من الأوراق المالية؟

وقد ذهب بعض المعاصرين[٤] إلى القول بإعطائها أحكام الأوراق

---

(١) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٥٨/٧، و٦١، و٦٩. وانظر: مجلة المجمع ٦٩٠/١/٦.

(٢) في فقرة: طريقة أو كيفية القبض من هذه القاعدة.

(٣) القبض للثّبيتي، مجلّة مجمع الفقه الإسلامي ٦٥٩/١/٦.

(٤) ومنهم: الشّيخ ستر الجعيد. انظر: أحكام الأوراق النّقدية للجعيد ص ٣٦٦- =

النقدية؛ حيث قال: والشيكات السياحية يمكن أن تعتبر بمثابة النقود، ولا سيما وهو محاطةٌ بضوابط بواسطتها يمكن حفظ الحق وعدم ضياعه، وهي بنفسها يمكن أن تقوم بوظائف النقود، فلا مانع من إلحاقها بها.

مسألة: القبض في القيد على الحساب:

ذهب جمعٌ من المعاصرين إلى اعتبار القيد المصرفي لِمبلغٍ من المال في حساب العميل إذا أودعه في حسابه شخصٌ آخر، أو جعله فيه بحوالةٍ مصرفيّة قبضاً حكمياً من المستفيد صاحب الحساب، وتبرأ ذمة الدافع بذلك إذا كان مديناً له[١].

مسألة: القبض في القيد على الحساب في الصرف:

يعتبر القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل قبضاً حكمياً في الحالات التالية:

أ- إذا عقد العميل عقد صرفٍ ناجزٍ بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملةٍ أخرى لحساب العميل.

ب- إذا اقتطع المصرف بأمرٍ من العميل مبلغاً من حسابٍ له إلى حسابٍ آخر بعملةٍ أخرى في الصرف نفسه أو غيره لصالح العميل أو لمستفيدٍ آخر[٢].

=

٣٦٧، نقلاً بحث مقدّم من د. سعود الثّبيتيّ لمجلّة مجمع الفقه الإسلامي ٦٥٩/١/٦.

(١) انظر: القبض للثّبيتي، مجلّة مجمع الفقه الإسلامي ٦٥٩/١/٦، والتّخريج الفقهي للقيد المصرفيّ.

(٢) انظر: المرجعين السّابقين.

نصّ قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بخصوص القبض:

قرار رقم: (٥٥/٤/٦) بشأن: القبض؛ صوره وبِخاصّة المستجدة منها وأحكامها.

إنّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتَمره السّادس بِجدة في المملكة العربية السّعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ، الموافق: ١٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م.

بعد اطّلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بِخصوص موضوع: (القبض: صوره وبِخاصّة المستجدة منها وأحكامها)، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر:

أوّلاً: قبض الأموال كما يكون حِسّيّاً في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطّعام، أو النّقل والتّحويل إلى حوزة القابض، يَتحقّق اعتباراً وحُكماً بالتّخلية مع التّمكين من التّصرّف ولو لم يوجد القبض حِسّاً، وتختلف كيفية قبض الأشياء بِحسب حالِها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها.

ثانياً: أنّ مِنْ صُوَر القبض الحكمِيّ المعتبر شرعاً وعرفاً:

١-القيد المصرفي لِمبلغٍ من المال في حِساب العميل في الحالات التّالية:

(أ) إذا أُودِعَ في حساب العميل مبلغٌ من المال مباشرةً أو بِحوالةٍ مصرفيّة.

(ب) إذا عقد العميل عقد صرفٍ ناجزٍ بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لِحساب العميل.

(ج) إذا اقتطع المصرف -بأمر العميل- مَبْلغاً من حِسابٍ له إلى حسابٍ آخر بِعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لِمستفيدٍ آخر، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصّرف في الشّريعة الإسلامية.

ويغتفر تأخير القيد المصرفي التي يتمكّن المستفيد بها من التَّسَلُّم الفعليّ، للمدّة المتعارف عليها في أسواق التّعامل، على أنّه لا يجوز للمستفيد أن يتصرّف في العملة خلال المدّة المغتفرة إلاّ بعد أن يَحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التَّسَلُّم الفعلِيّ.

٢-تَسَلُّمُ الشّيك إذا كان له رصيدٌ قابلٌ للسّحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف)).

المبحث الخامس: القاعدة الموفّي الأربعون [٤٠]

[ما جاز استيفاؤه بالشّرط جاز استيفاؤه بالأجر]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في مطلع كتاب الإجارات، في معرض ذكره لأدلّة مشروعية الإجارة وجوازها، مُبيِّناً بها وجه الاستلال من السّنة على جواز الإجارة؛ حيث قال: «فهذا الكتاب -الإجارات- ينقسم أوّلاً إلى قسمين:

القسم الأوّل: في أنواعها وشروط الصّحّة والفساد.

والثّاني: في معرفة أحكام الإجارات، وهذا كلّه بعد قيام الدّليل على جوازها.

فلنذكر أوّلاً ما في ذلك من الخلاف ثُمّ نصير إلى ذكر ما في ذينك القسمين من المسائل المشهورة؛ إذ كان قصدنا إنّما هو ذكر المسائل التي تجري من هذه الأشياء مجرى الأمّهات، وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الأمصار؛ فنقول:

إنّ الإجارة جائزةٌ عند جميع فقهاء[1] الأمصار والصّدر الأوّل، وحُكِيَ عن الأصم[2] وابن[3] علية منعها.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص١٠١، والهداية ٢٣١/٣، والمعونة ١٠٨٧/٢، والمقدّمات ١٦٣/٢-١٦٤، والفروق ف (٢٠٣) ٣/٤، والذّخيرة ٣٧١/٥، وإجماع ابن المنذر ص ٦٠، ومختصر المزني ص ١٧٩، والمهذّب ٣٩٤/٢، والمغني ٥/٨-٦، ومنتهى الإرادات ٣٣٩/١، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤، والمحلّى ٣/٧.

(٢) هو: أبو بكر، عبد الرّحمن بن كيسان الأصمّ، شيخ المعتزلة، اشتهر بالكلام والأصول والفقه، توفي سنة (٢٠١هـ). انظر: ترجمته في: سير أعلام النّبلاء ٤٠٢/٩.

(٣) هو: أبو بشر، إسماعيل بن إبراهيم بن سهم بن مقسم الإمام العلامة الحافظ الثّقة الثّبت، الأسديّ مولاهم البصريّ الكوفيّ الأصل المشهور بابن علية وهي أمّه، ولد في السّنة التي =

ودليل الجمهور:

قوله -تعالى-: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ﴾الآية[١].

وقوله: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٢].

ومن السّنة الثّابتة: ما خَرَّجَهُ البخاري[٣] عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكرٍ ﷺ رجلاً[٤] مِنْ بَنِي الدِّيل هادِياً خرِّيتاً[٥]، وهو على دِين كُفَّار قُريشٍ، فدفعا إليه راحلَتَيهما، وواعدَهُ

=

مات فيها الحسن البصري سنة(١١٠هـ)،وتوفّي رحمه الله سنة (١٩٣هـ).
انظر ترجمته في: سير أعلام النّبلاء ٢٢٣/٨-٢٢٤، و١٠٧/٩-١١٩ فما بعدها.

(١) سورة القصص، الآية: ٢٧.
حيث نصّ على جواز الإجارة والمعاوضة على المنافع.
انظر: تفسير القرطبي ٢٤٣/١٣، وانظر أيضاً: المعونة ١٠٨٧/٢.

(٢) سورة الطّلاق، الآية: ٦.
حيث دلّت الآية على أنّه يجوز للرّجل أن يستأجر زوجته للرّضاع كما يستأجر أجنبيةً.
انظر: تفسير القرطبي ١٥١/١٨، وتفسير السّعدي ص ٨٧١.

(٣) في صحيحه ٥١٧/٤،كتاب الإجارات،باب استئجار المشركين...،برقم:(٢٢٠١)، و٢٧٣/٧،كتاب فضائل أصحاب النّبيّ ﷺ ،برقم:(٣٧٦٨).

(٤) هو: عبد الله بن أُرَيقط على الأشهر، وهو دليل رسول الله ﷺ وصاحبه أبي بكر الصِّدِّيق رضي الله عنه في الهجرة إلى المدينة، وسُمِّيَ خرِّيتاً ماهراً؛ لأنّه يهدي بمثل خرت الإبرة، أي: ثقبها، وقيل: لأنّه يهتدي لإخرات المفازة، وهي طرقها الخفية، وقوله: «خرِّيتاً ماهراً»، مُدْرَجٌ في الحديث من كلام الزّهري. انظر: فتح الباري ٥١٨/٤، و٢٨٠/٧.

(٥) الخِرِّيت: الماهر الذي يهتدي لأخْرات المفازة، وهي طُرُقُها الخَفيَّة ومَضَايقُها، وقيل: إنّه يهتدي لِمثل خَرْتِ الإبْرَة من الطّريق.انظر:النّهاية١٩/٢،وفتح الباري٢٨٠/٧.

غار ثَورٍ بعد ثلاث ليالٍ براحلَتيهما.

وحديث[1] جابر ﷺ أنّه باع مِنَ النَّبيّ ﷺ بعيراً وشرط ظهره إلى المدينة، **وَمَا جَازَ اسْتِيفَاؤُهُ بِالشَّرْطِ جَازَ اسْتِيفَاؤُهُ بِالأَجْرِ**.

وشُبهةُ مَنْ منع ذلك: أنّ المعاوضات إنّما يستحقّ فيها تسليم الثّمن بتسليم العين؛ كالحال في الأعيان المحسوسة، والمنافع في الإجارات في وقت العقد معدومةٌ، فكان ذلك غرراً، ومِنْ بيعِ ما لَمْ يُخلَق[2].

ونحن نقول:إنّها وإن كانت معدومةً في حال العقد فهي مستوفاةٌ في الغالب،والشّرع إنّما لَحظَ مِنْ هذه المنافع ما يستوفَى في الغالب، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السّواء»[3].

ولأنّ النّاس بحاجة إلى تَمليك المنافع كحاجتهم إلى تَمليك الأعيان، وقد أجمع عليه السَّلَفُ والْخَلَفُ على مرّ العُصور قبل خرق مَنْ خرقه، فلا يعتدّ بِخلافهم فيه[4].

توثيقها:

لم أظفر بعد البحث بِالوقوف على مَنْ نصّ على هذه القاعدة، ولكن مِمّا لا شكّ فيه أنّ موضوع القاعدة محلّ الاتّفاق بين الفقهاء كما تقدّم، وإذا كان ذلك كذلك، وعُلِمَ أنّ عقد الإجارة إنّما هو على المنافع، والمنافع المعتبرة هي التي يجوز استيفاؤها بالشّرط، وبالتّالي يجوز استيفاؤها

---

(١) حديث جابر رضي الله عنه تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦] من أدلّة فقهاء الأمصار.

(٢) انظر: الهداية ٣/٢٣١.

(٣) بداية المجتهد ٣/٤١٩-٤٢٠.

(٤) انظر: المعونة ٢/١٠٨٧-١٠٨٨، وإجماع ابن المنذر ص ٦٠، ف (٥٤٦).

بالأجر، وهذا المفاد ورد في كتب أهل العلم، منها:

ما جاء في الهداية: «ويجوز استئجار الأراضي للزّراعة؛ لأنّها منفعةٌ مقصودةٌ معهودةٌ فيها، وللمستأجر الشّرب والطّريق وإن لَمْ يُشتَرط؛ لأنّ الإجارة تعقد للانتفاع»[١].

ما جاء في المعونة: «ويجوز عقد الإجارة على كلّ منفعةٍ يُستَباح تناوُلُها، ويَجوز لِمالكها منعها وبذلها؛ كخياطة الثّوب، وبناء الحائط، والصّياغة، والقصابة، والصّبغ، وسائر الصّنائع، وكذلك الخدمة وغيرها من المنافع»[٢].

ما جاء في المختصر: «فالإجارات صنفٌ من البيوع؛ لأنّها تَمليكٌ لكلّ واحدٍ منهما من صاحبه، ولذلك يَملك المستأجر المنفعة التي في العبد والدّار والدّابة إلى المدة التي اشترطها؛ حتّى يكون أحقَّ بها من مالكها، ويملك بها صاحبها العوض، فهي منفعةٌ معقولةٌ من عينٍ معلومةٍ، فهي كالعين المبيعة»[٣].

ما جاء في المهذّب: «المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع، ثم الأعيان يَجوز بيع بعضها ببعضٍ، فكذلك المنافع»[٤].

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: «المعقود عليه في الإجارة النّفع، والمقصود هنا العين، وهي تُمْلَكُ ولا تُستَحَقُّ بإجارةٍ»[٥].

---

(١) الهداية للمرغيناني ٣/٢٣٥.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ٢/١٠٨٨، و١٠٩١، وانظر: الرّسالة ص ٢١٩، والتّفريع ٢/١٨٣-١٨٥، وعقد الجواهر ٣/٩٢٨.

(٣) مختصر المزني ص ١٧٩.

(٤) المهذّب للشّيرازي ٢/٤٠٦.

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤/٢٦، وانظر منه ص ٧.

شرح مفردات القاعدة:

ما جاز استيفاؤه: أي: الشّيء الذي يجوز استيفاؤه وتحصيله بالشّرط، وهو المنافع الصّحيحة المعتبرة، التي للمشترِط فيها قصدٌ صحيحٌ.

الأجر: هو ما يقابل الثّمن في البيوع، ويقابل المنافع في الإجارات[١]، قال في الهداية الكافية: «الأجر كالثّمن يُطْلَب كونُهُ معروفاً قدراً وصفةً»[٢].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة لها علاقة بالقاعدة السّادسة والثّلاثين السّابقة: (المؤمنون عند شروطهم)، وهي علاقة إلحاق فرعٍ بأصلٍ؛ حيث إنّ مبناها أنّ كلّ ما جاز للإنسان أن يُحَصِّله بالشّرط جاز له أَنْ يُحَصِّله بالأجر، وقد سبق في القاعدة المذكورة أنّ المراد بالشّروط التي يلزم الوفاء بها، والتي يُقطَعُ بها الحقّ، هي الصّحيحة، فهي التي تَحِلُّ وتُعْتَبَر، فكلّ ما جاز استيفاؤه بهذه الشّروط الصّحيحة المعتبرة جاز استيفاء مثله بالأجر؛ لأنّ مقصود الشّروط إيجاب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، أعنِي: إلزام الْمُشْتَرِط فعلَ ما لم يكن لازماً على الْمُشْتَرَط عليه من غير شرطٍ[٣]، فكذلك الشّأن في الأجر؛ فإنّ المتآجرين يجب لكلّ واحدٍ منهما على الآخر من الفعل والإقباض ما لم يكن واجباً عليه.

وبالعكس؛ فإنّ كلّ ما كان حراماً بدون الشّرط فإنّ الشّرط لا

---

(١) انظر: جامع الأمّهات ص ٤٣٤، وشرح منتهى الإرادات ١١/٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢١.

(٢) الهداية الكافية، وهو شرح حدود ابن عرفة ٥١٩/٢، وانظر: جامع الأمّهات ص ٤٣٤.

(٣) انظر: القواعد النّورانية ص ٢٧٤.

يُبيحه؛ كالرّبا والزّنا والخمور وغيرها من المحرّمات؛ فكذلك لا تُباح بالأجر؛ لأنّ المنفعة المحرّمة لا تُقابَل بعوضٍ(١).

والشّروط التي يُستوفَى بها حقٌّ هي الشّروط الجعلية إذا كانت صحيحةً كما تقدّم، وهي التي يشترطها الْمُكَلَّف في العقود وغيرها من المنافع؛ كالخياطة والكتابة والرّكوب وسكنَى الدّار ونحوها من المنافع الصّحيحة المعلومة المعتبرة، وفيها قصدٌ صحيحٌ للمشترِط، فإنّ هذه منافع تُحصَّل بالشّرط وكذلك بالأجر.

أركان الإجارة؛ للإجارة ثلاثة أركان وهي: العاقدان، والمعقود عليه، والأجر(٢)، وموضوع هذه القاعدة هو الرّكنان الأخيران.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

مفاد هذه القاعدة محلّ الاتّفاق بين الفقهاء؛ حيث اتّفقوا على مشروعية الإجارة وجوازها، وعقد الإجارة إنّما هي على المنافع الصّحيحة المعتبرة التي للمتآجرين فيها قصدٌ وغرضٌ صحيحٌ، وأيضاً فإنّهم متّفقون على أنّ كتاب الإجارات شبيهٌ في النّظر بالبيوع، وأنّ المنفعة تجري مجرى الأعيان، قال في الذّخيرة: «قاعدة: الإجارة مبنيةٌ على البيع؛ فكلّ ما جاز بيعُهُ جازت إجارته»(٣)، وقال في المختصر: «فالإجارات صنفٌ من البيوع؛ لأنّها تَمليكٌ لكلّ واحدٍ منهما من صاحبه»(٤)، فَلَمَّا تقرّر في كتاب البيوع أنّ للمتعاقدين

---

(١) انظر: جامع الأمّهات ص ٤٣٥، والفروق ٤/٤، ومنتهى الإرادات ١/٣٤٢، وشرح منتهى الإرادات ٤/٢٥، والمحلّى ٧/١٦.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٣/٩٢٥، والذّخيرة ٥/٣٧٢، وشرح منتهى الإرادات ٤/٦.

(٣) الذّخيرة للقرافِي ٥/٤٠٢.

(٤) مختصر المزنِي ص ١٧٩، وانظر: المهذّب ٢/٣٩٥، و٤٠٦، والمجموع ٩/٢٠٨.

حقّ استيفاء منافعهم الصّحيحة المعتبرة بالشّروط، فيقاس عليه كتاب الإجارات في صحّة وجواز ذلك بالأجر[1].

ثُمَّ إنّ الفقهاء وضعوا شرائط لصحّة الإجارة، وبما أنّ موضوع القاعدة هو ركنان من أركان الإجارة، وهما: المنافع المعقود عليها، والأجر، ينبغي ذكر الشّروط والضّوابط التي وضعها الفقهاء والرّاجعة إلى الثّمن والمَثمون:

شروط المنافع المعقود عليها:

أوّلاً؛ عَرَّف المنفعة في الحدود بقوله: «ما لا يُمكن الإشارة إليه حِسّاً دون إضافة، يمكن استيفاؤه، غير جزء ممّا أضيف إليه»[2]، هذا التّعريف جامعٌ للمنافع التي يجوز استيفاؤها بالأجر، ومانعٌ من دخول غيرها.

فقوله: «حِسّاً»، احترز به ممّا يُمكن الإشارة إليه حِسّاً من الأعيان بنفسه؛ كالثّوب والدّابة فإنّهما ليسا بمنفعة.

وقوله: «دون إضافة»، معمولٌ لإشارة، وهو قيدٌ في الإشارة، ومعناه: ما لا يُشَارُ إليه حِسّاً إلاّ بقيد الإضافة، ولا يُمكن عقلاً ذلك، مثل: ركوب الدّابة، ولبس الثّوب، وسكنَى الدّار، بخلاف الثّوب والدّابة والدّار؛ فإنّه يمكن الإشارة إليها حِسّاً من غير إضافة؛ فركوب الدّابة منفعةٌ، والدّابة ليست منفعة، وهكذا.

ثانياً: ذَكَرَ شروطها مجملةً بقوله: «شرطها: إمكان استيفائها دون

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١-١٠٥، والمعونة ٢/١٠٩١، وبداية المجتهد ٣/٤١٩، وشرح منتهى الإرادات ٤/٧.

(٢) حدود ابن عرفة ٢/٥٢١، وانظر: معجم لغة الفقهاء ص ٤٣٥.

إذهاب عين، يقدر على تسليمها، معلومةً، غير واجبٍ تركُهَا ولا فعلُها»[١]، وفيما يلي تفصيل ذلك[٢]:

الشّرط الأوّل: أن تكون مِن جنس ما لَمْ يَنْهَ الشّرع عنه، وهو على ثلاثة أصناف:

الصّنفُ الأول: مجمع على إبطال إجارته، وهو كلّ منفعة كانت لشيءٍ مُحَرَّم العين، وكذلك كلّ منفعة كانت مُحَرَّمةً بالشّرع، مثل: أجر النّوائح، وأجر الْمُغَنِّيات، وكذلك كلّ منفعةٍ كانت فرض عينٍ على الإنسان بالشّرع، مثل: الصّلاة وغيرها.

الصّنف الثّاني: ما اتّفقوا على إجارته، مثل: الدّور والدّواب والنّاس على الأفعال المباحة، وكذلك الثّياب.

والصّنف الثّالث: ما اختلفوا في إجارته، مثل: إجارة الأرضين[٣]، وإجارة

---

(١) حدود ابن عرفة ٢/٥٢٢.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١-١٠٥، والهداية ٣/٢٣١، و٢٣٥-٢٣٨، والمعونة ٢/١٠٨٨، و١٠٨٩، و١٠٩٤، و١١٠١، وبداية المجتهد ٣/٤٢١، وعقد الجواهر ٣/٩٢٥-٩٣٣، والفروق ف (٢٠٣)، ٤/٣-٧، والذّخيرة ٥/٣٩٦-٤١٥، والمهذّب ٢/٣٩٥-٤١١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٤/٢٦٤ فما بعدها، ومنتهى الإرادات ١/٣٣٩-٣٤٢، وشرح منتهى الإرادات ٤/٨-٢٨، والمحلّى ٧/٤، و١١، و١٣، و١٦.

(٣) وبجوازها قال الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة،ومنعها الظّاهرية مطلقاً إلاّ المزارعة أو المغارسة فقط.
انظر: مختصر القدوري ص ١٠١، والهداية ٣/٢٣٥، والمعونة ٢/١٠٨٨، وبداية المجتهد ٣/٤٢١، وعقدالجواهر ٣/٩٣١، وحدود ابن عرفة وشرحه٢/٥٢٤، والمهذّب٢/٣٩٧،والمقنع١٤/٢٦٧، وزاد المستقنع ص ٨٥، ومنتهى الإرادات ١/٣٤٠، و٣٤٩، وشرح منتهى الإرادات ٤/٩، والمحلّى ٧/١٣.

المؤذّن[١]، والإجارة على تعليم القرآن[٢]، وإجارة نزوّ الفحول[٣].

الشّرط الثّاني: كون المنفعة قابلةً للمعاوضة؛ احترازاً من النّكاح.

الشّرط الثّالث: أن تكون المنافع مُتقوّمةً على انفرادها.

فلا يجوز استئجار تفاحة للشّمّ، ولا طعام لتزيين الحانوت؛ إذ هذه المنافع ليس لها قِيمٌ على انفرادها، فهو لا يجوز عند المالكية والشّافعية والحنابلة[٤].

---

(١) قال بجوازها المالكية والشّافعية وروايةٌ عند الحنابلة، ومنعها الحنفية والحنابلة في المذهب.
انظر: مختصر القدوري ص ١٠٤، والهداية ٣/ ٢٤٠، وبداية المجتهد ٣/٤٢٧، وعقد الجواهر ٣/ ٩٣٠، والمهذّب ٢/٣٩٨، و٤٠٥-٤٠٦، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٤/٣٧٨-٣٧٩.

(٢) قال بجوازها المالكية والشّافعية، والظّاهرية ومنعها الحنفية والحنابلة.
انظر: مختصر القدوري ص ١٠٤، والهداية ٣/ ٢٤٠، وبداية المجتهد ٣/٤٢٧-٤٢٩، وجامع الأمّهات ص ٤٣٦، والمهذّب ٢/٣٩٨، و٤٠٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٤/٣٧٨-٣٧٩، وشرح منتهى الإرادات ٤/٤١، والمحلّى ٧/١٨.

(٣) أجاز المالكية أن يكري الرّجلُ فحله على أَنْ يَنْزُوَ أكواماً معلومةً، ومنعها فيما لَمْ تُعلَم.
ومنع ذلك الحنفية والشّافعية والحنابلة مطلقاً، ولعلّ هذا القول هو الصّحيح في نظري؛ لنهي النّبيّ ﷺ عن عَسْب الفحل. تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦]، الضّابط الأوّل، من الضّرب الثّاني.
قال ابن رشد في بداية المجتهد ٣/٤٢٩: «وَمَنْ أجازه شَبَّهَهُ بسائر المنافع، وهذا ضعيفٌ؛ لأنّه تغليب القياس على السّماع».
انظر: مختصر القدوري ص ١٠٤، وبدائع الصّنائع ٤/٣٢٨، والمعونة ٢/١١٠٥، وبداية المجتهد ٣/٤٢٩، و٤٣٠، وعقد الجواهر ٣/٦٧٢، و٩٢٩، و٩٣١، وحاشية الدّسوقي٣/٥٨، والمهذّب٢/٣٩٥، ومختصر الخرقي والمغني٦/٣٠٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٣٩، و٤/١٥، وانظر: معالم السّنن ٣/٧١١، وفتح الباري ٤/٥٣٩.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١، وبداية المجتهد ٣/٤٢٩، وعقد الجواهر ٣/٩٢٨، والفروق ٤/٤، ومنتهى الإرادات ١/٣٤٢.

وكلّ ما لا يُعْرَف بعينه لا تصحّ إجارته، ولا تجوز إجارة النّقدين — الدّنانير والدّراهم-؛ لأنّ إجارتهما استهلاكٌ لعينهما؛ إذ لا يُتَصَوَّرُ فيهما منفعةٌ إلاّ بإتلاف عينهما، ولأنّه قرضٌ؛ وذلك أنّ الإجارة معاوضةٌ على منافع الأعيان، وإذا كانت العين نفسها لا يصحّ الانتفاع بها مع تبقيتها، وإنّما يصحّ مع إبدالها ببيعٍ وغيره، لم تصحّ إجارتها، وقد عُلِمَ أنّ الدّنانير والدّراهم لا منفعة فيها مع بقاء العين، فلا يستحقّ أن يبذل العوض في مقابلتها، بخلاف الدّور والدّواب وغيرها[(١)].

الشّرط الرّابع: كون المنفعة مَملوكةً؛ احترازاً من غير مملوكةٍ كالأوقاف على السُّكنَى، وبيوت المدارس.

الشّرط الخامس: كون المنافع معلومةَ القدر[(٢)]؛ لأنّ الجهالة في المعقود

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١، والمعونة ٢/١٠٩٠-١٠٩١، وبداية المجتهد ٣/٤٢٩، وعقد الجواهر ٣/٩٢٨، والمهذّب ٢/٣٩٥، والمجموع ٩/٢٠٨، والمقنع ١٤/٣٢٢، وزاد المستقنع ص ٨٥.

(٢) وذهب الظّاهرية إلى جواز إجارة المجهول، مثل: أن يعطِي الرّجل حماره لِمَنْ يسقي عليه، أو يَحتطب عليه بنصف ما يعود عليه.
ودليلهم: قياس الإجارة على القراض والمساقاة.
وعمدة الجمهور: أنّ الإجارة بيعٌ فامتنع من الجهل لمكان الغبن ما امتنع في المبيعات.
وأجابوا عن قياس الظّاهرية بأنّه فاسد الاعتبار؛ لأنّ القراض والمساقاة مستثنيان بالسّنة فلا يقاس عليهما؛ لخروجهما عن الأصول.
وقول الجمهور بالمنع إنّما هو لأجل جهالة المدّة، فلو حدّدت لَجاز.
انظر: مختصر القدوري ص ١٠١، و١٠٣، والهداية ٣/٢٣١-٢٣٢، والمعونة ٢/١٠٩٤، و٢/١١٠٢، وبداية المجتهد ٣/٤٣٢، وعقد الجواهر ٣/٩٣١-٩٣٣، والفروق ٤/٤، وشرح حدودابن عرفة ٢/٥١٦، والمهذّب ٢/٣٩٧، و٣٩٨، و٤٠٠، والمقنع ١٤/٢٦٤، و٢٧١، والمحلّى ٧/٢٥-٢٦.

عليه وفي بدله تفضي إلى المنازعة؛ كجهالة الثّمن والْمَثمن في البيع، والعلم بها يحصل بعدّة وجوه، وذلك باعتبار أنواع الأقسام[1]:

القسم الأوّل: استصناع الآدمي، وذلك يُعرَف إمّا بغايتها، إن كان لها غاية، مثل: خياطة الثّوب وعمل الباب.

وإن لم تكن لها غايةٌ؛ فبضرب الأجل، مثل: خدمة الأجير، وضرب الأجل قد يكون بالزّمان، إن كان عَملاً وباستيفاء منفعةٍ متّصلة الوجود، مثل: كراء الدّور والحوانيت.

وإمّا بالمكان ومحلّ العمل، إن كان مشياً، مثل: كراء الرّواحل.

القسم الثّاني: استئجار الأراضي؛ يحصل العلم بها بالرّؤية المفيدة أو بالصّفة اللازمة الكاشفة، وبمعرفة كلّ ما تَختلف به المنفعة ويتعلّق به الغرض، ويقلّ الأجر ويكثر ويحصل العلم بِحسبه، وكذلك إن كان الاستئجار في السّكنَى، ويعرف قدر المنفعة بالمدة.

القسم الثّالث: في استئجار الدّواب، وهي تستأجر لأربعٍ جهات:

الجهة الأولى: الرّكوب، فيشترط أن يعرف المستأجر الدّابة بالرّؤية، أو بالصّفة المشتملة على بيان ما تختلف أغراض المستأجرين بسبب اختلافه من صفات الدّابة، إن أورد عقد الاستئجار على الذّمة، فيتعيّن: الجنس، والنّوع، والذّكورة والأنوثة، ماركة السّيارة وموديلها، إلاّ أن تعرف العادة ذلك فيستغنَى بها عن ذكره.

أمّا الرّاكب فلا يحتاج إلى وصفٍ، بل لو عُيِّنَ بالرّؤية أو بالذّكر لم

---

(١) انظر الأقسام الثّلاثة وتفاصيلها في: عقد الجواهر ٣/٩٣١-٩٣٣، والمهذّب ٢/٣٩٨-٤٠١-٤٠٥، و٤١٤-٤١٧، وزاد المستقنع ص٨٥، ومنتهى الإرادات ١/٣٣٩-٣٤٠، وشرح منتهى الإرادات ٤/٩.

يتعيّن، وكان له أن يجعل مكانه مثله لا أضرّ منه.

ويعرف المحلّ بالسّعة والضّيق، فإن أطلق جميع ذلك وكان معلوماً بالعادة صحّ العقد.

وأمّا كيفية السّير وتفصيله، والسُّرَى(١)، ومقدار المنازل، ومحلّ النّزول أهو في القرى أم في الصّحراء؛ فكلّ ذلك يتبع فيه العرف.

الجهة الثّانية: استئجار الدّابّة للحمل، وليعرف قدر المحمول بالرّؤية إن كان حاضراً، فإن كان غائباً فيذكر الكيل والوزن أو العدد فيما لا كبير تفاوت بين آحاده.

الجهة الثّالثة: الاستقاء، وليُعْرَفُ قدر الدّلاء، والعدد، وموضع البئر، وبُعْدُ الرّشاء إذا كان مبايناً للمتعارف فيها مباينةً بيّنةً، إلاّ أن يكون جميع ذلك أو بعضه معلوماً بالعرف فيجتزئ به.

الجهة الرّابعة: الحراثة، ولتُعْرَفُ بالمدة، أو بتعيين الأرض، وتعرف صلابتها ورخاوتها، وبالجملة، يُعرَف كلّ ما يتفاوت به الغرض ولا يتسامح بمثله في المعاملة، ويتخرّج على ما تقدّم وسائل الرّكوب الحديثة.

الشّرط السّادس: أن لا تتضمَّن المنافع استيفاء عينٍ قصداً، فلا يصحّ استئجار الأشجار لثمارها، والشّاة لنتاجها ولبنها وصوفها؛ لأنّه بيعُ عينٍ قبل الوجود(٢).

الشّرط السّابع: القدرة على تسليمها حِسّاً وشرعاً.

---

(١) السُّرَى، جمع: السِّرَاية، وهي السير في اللّيل. انظر: المصباح المنير ص ١٠٤.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٩٢٨/٣، والفروق ٤/٤، وشرح حدود ابن عرفة ٥٢٣/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٣/٤.

فلا يصحّ استئجارالعين لمنفعة لا تُتَصَوَّرُ منها؛ كاستئجار الأخرس للتّعليم، والأعمَى للحفظ، وكذلك استئجار قطعة أرضٍ لا ماء لها للزّراعة، ولو استأجرها للسّكنى صحّ"[١].

والعجز الشّرعِيّ كالعجز الحِسِّيّ في الإبطال؛ فلو استأجر على قلع سِنٍّ صحيحة، أو قطع يد صحيحة، أو استأجر حائضاً على كنس مسجد؛ فالإجارة فاسدةٌ؛ لأنّ تسليمه شرعاً متعذّر"[٢].

الشّرطُ الثّامن: حصول المنفعة للمستأجر؛ فلا يصحّ الاستئجار على العبادات التي لا تجزئ النّيابة فيها؛ كالصّلاة والصّوم، وأمّا ما تجوز فيها النّيابة وتصحّ، كحمل الجنازة، وحفر القبر وغسل الميّت، فجائزٌ، ويجوز الاستئجار على الإمام مع الأذان[٣].

شروط صحّة الأجر:

الأجر هو الثّمن الذي يقابل المنفعة، وقد اشترط الفقهاء لصحّة جنس الثّمن أن يكون ممّا يجوز بيعه[٤]، فما لا يجوز بيعه لا يكون ثَمناً، ومنه قول الفقهاء: ما جاز أن يكون ثَمناً في البيع، جاز أن يكون أجرة في الإجارة[٥]؛ وذلك لأنّ الأجرة ثَمنُ المنفعة فتُعتبَر بِثَمن المبيع، وما لا يصلح ثَمناً لا يصلح أجرة أيضاً.

---

(١) انظر: عقد الجواهر ٩٢٩/٣، والفروق ٤/٤.
(٢) انظر: عقد الجواهر ٩٣٠/٣.
(٣) انظر: عقدالجواهر ٩٣٠/٣، والفروق٤/٤، وزاد المستقنع ص٨٥، والمحلّى ١٥/٧.
(٤) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١، والهداية ٢٣١/٣، وبداية المجتهد ٢٣٩/٣، و٢٨٥، و٢٩٨، و٤٢٠-٤٢١، و٤٢٩، وشرح منتهى الإرادات ٢١/٤.
(٥) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١، والهداية ٢٣١/٣.

وأن يكون الأجر معلوماً؛ لأنّ من شروط صحّة الإجارة عند الفقهاء كونها معلومةَ المنفعة والأجر، ولا يجوز أن تكون الأجرة في الإجارة مجهولةً، ولا يكون فيها غررٌ؛ لأنّها عوضٌ في عقد معاوضةٍ محضة؛ كالثّمن في البيع[1].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لصحّة القاعدة وحجّيتها بحديث جابر ﷺ السّابق؛ حيث استوفَى ظهر الدّابة المبيعة بالشّرط، وهو منفعةٌ صحيحةٌ معتبرةٌ له فيها قصدٌ صحيحٌ، فدلّ على جواز استيفائها بالأجر، لأنّ باب الإجارات شبيهٌ بالبيوع. والله تعالى أعلم.

من تطبيقات القاعدة:

١- جاز استيفاء الكتابة والخياطة بالشّرط، كما لو اشترط الكتابة والخياط في الخادم المراد شراؤه، فكذلك يجوز استيفاؤهما بالأجر، كما لو استأجر الكاتب أو الخيّاط.

٢- يجوز للبائع اشتراط منفعة المبيع مدَّةً معلومةً؛ كاشتراط ظهر الدّابة المبيعة، أو ركوب السّيارة المبيعة مدّةً معلومةً، أو سُكنَى الدّار شهراً مثلاً؛ فهذه المنافع يجوز استيفاؤها بالأجر كذلك.

٣- جاز للمشتري اشتراط الحصاد على البائع، أو نقل السّلعة، وكذلك جاز له استيفاؤه بالأجر.

٤- يجوز إجارة دارٍ بِسُكنَى دارٍ أخرى؛ لأنّ ذلك جاز استيفاؤه بالشّرط[2].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٠١، والمعونة ٢/١١٠١، وبداية المجتهد ٣/٤٣٢.

(٢) وبه قال المالكية والشّافعية والحنابلة، والظّاهرية، ومنعه الحنفية؛ لأنّهم رأوه من باب الدَّين بالدَّين، قال ابن رشد: «هذا ضعيفٌ».

=

٥-أنّ إجارة المشاع جائزةٌ؛ لجواز استيفائه بالشّرط، وصورته: أن يؤجّر نصيباً من داره، أو نصيبه من دارٍ مشتركة[1].

٦-جواز استئجار الأجير بطعامه وكسوته،وكذلك الظئر؛لجواز استيفاء ذلك بالشّرط[2].

من مستثنيات القاعدة:

تُستَثْنَى منها الأعيان التي يجوز استيفاؤها بالشّرط؛ فإنّه لا يجوز استيفاؤها بالأجر؛ لأنّ مقتضى الإجارة مِلْكُ منفعة العين المؤجَّرة لا ذات

=

انظر: مختصر القدوري ص ١٠٣، والهداية ٢٤١/٣، والمعونة ١١٠٣/٢، وبداية المجتهد ٤٣٢/٣، ومنتهى الإرادات ٣٤٠/١، والمحلّى ٢٣/٧.

(١) والقول بجواز إجارة المشاع قول المالكية والشّافعية والظّاهرية،وصاحبَي أبي حنيفة ورواية عند الحنابلة.

وذهب أبو حنيفة إلى منعها إلاّ من الشّريك، وهو المذهب عند الحنفية والحنابلة؛ لأنّ الانتفاع بها مع الإشاعة متعذّرٌ، ولأنّه آجر ما لا يقدر على تسليمه؛ فلا يجوز؛ لأنّ تسليم المشاع وحده لا يتصوّر.

وقال الجمهور: إنّ الانتفاع بها مُمْكِنٌ مع شريكه كانتفاع المكري بها مع شريكه، أعني: ربّ المال، وأنّ للمشاع منفعةً، ولهذا يجب أجر المثل، والتّسليم مَمكن بالتّخلية، أو بالتّهيؤ، فصار كما إذا آجر من شريكه، أو من رجلين، وصار كالبيع.

انظر: مختصر القدوري ص ١٠٤، والهداية ٢٤٠/٣، والمعونة ١١٠٣/٢، وبداية المجتهد ٤٣٣/٣، والمهذّب ٣٩٧/٢، ومنتهى الإرادات ٣٤٢/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٧/٤-٢٨، والمحلّى ٢٨/٧.

(٢) وبه قال المالكية والحنابلة، ومنعه الشّافعية مطلقاً، وأجازه الحنفية في الظّئر فقط.

انظر: مختصر القدوري ص ١٠٤، والهداية ٢٤١/٣، والمعونة ١١٠٣/٢، وبداية المجتهد ٤٣٣/٣-٤٣٤، وعقد الجواهر ٩٢٩/٣، والمهذّب ٤٠٤/٢، ومنتهى الإرادات ٣٤٠/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٦/٤، والمحلّى ١٢/٧.

العين، والتّسلّط على استيفائها بنفسه وبِمَنْ يقوم مقامه، وهذا معنَى قول الفقهاء: الْمِلْكُ في المبيع يحصل في الأعيان، وفي الإجارات يحصل في المنافع، يعنِي: أنّ الإجارة معاوضة على منافع الأعيان[١].

مثال ذلك: جواز استيفاء صفة مقصودة قائمة بِمحَلّ العقد وقت صدوره؛ كاشتراط كون البقرة حلوباً، فإنّ هذا الشّرط جائزٌ، ولا يجوز استئجار الحليب بالأجر؛ لأنّه لا يمكن استيفاؤه إلاّ باستهلاك عينه.

ومِمّا يُسْتَثْنَى من هذه القاعدة -أيضاً- الشّروط في النّكاح؛ فإنّ أغلب ما جاز استيفاؤها بالشّروط الجائزة في النّكاح لا يُتصوَّر استيفاؤها بالأجر، كاشتراط المرأة ألاّ يتزوّج عليها، وألاّ يخرجها من بلدها، وألاّ يتسرّى عليها ونحوها. والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

---

(١) انظر: المعونة ١٠٩١/٢، والفروق ٢١٨/٣، و٣/٤، والمهذّب ٣٩٥/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤، و٧، و٢٠-٢٥، و٣١.

الفصل الرّابع: القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالعقود المحرّمة

وفيه سبعة مباحث:

٤١- **المبحث الأوّل**: قاعدة: كلّ سلفٍ يجر نفعاً فهو ربا.

٤٢- **المبحث الثّاني**: **قاعدة**: رفع السّبب المفسِد في المحسوسات بعد فساد الشّيء ليس يقتضي عودة الشّيء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود.

٤٣- **المبحث الثّالث**: قاعدة: ما لا يجوز اتّخاذه لا يجوز بيعه.

٤٤- **المبحث الرّابع**:قاعدة:ماجاز بيعه جازت هبته،وما لم يجز بيعه لم تجز هبته.

٤٥- **المبحث الخامس**: قاعدة: الأصل أنّه إذا كان في الشيء أكثر من منفعةٍ واحدةٍ وحَرُمَ منه واحدةٌ من تلك المنافع أنّه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع.

٤٦- **المبحث** السّادس:ضابط:كلّ ما يجوز التّفاضل في الصّنف الواحد منه يجوز فيه النّساء.

٤٧- **المبحث** السّابع:ضابط:البيوع الفاسدةإذاوقعت و لم تفت بإحداث عقدٍ فيها، ونَماءٍ، أو نقصانٍ،أو حوالة سوقٍ فحكمها الرّدّ.



المبحث الأوّل: القاعدة الحادية والأربعون [٤١]

[كلُّ سَلَفٍ جَرَّ نَفْعًا فَهُوَ رِبا]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل بيوع الرّبا، دليلاً للقول بمنع النَّساء[١] في غير المطعوم إذا اتّفقت منافعه مع التّفاضل؛ حيث قال: «فأمّا إذا اختلفت المنافع فالتّفاضل[٢] والنَّسيئة عنده -مالك- جائزان،

---

(١) النَّساء، والنّسيئة: التّأخير، والتّأجيل، انظر: المصباح المنير ص ٢٣١.
وربا النَّسيئة هي: الزّيادة المشروطة في الدَّين مقابل الأجَل.
أو هي: كلّ زيادةٍ مشروطةٍ أو في حكم المشروطة يتقاضاها المُقْرِضُ من المستقرِض مقابل تأخير الوفاء.
انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٩٥، و٤٤٩، وانظر: أنيس الفقهاء ص ٧٧، والفواكه الدّواني ٧٨/٢، والمجموع ٣٠٦/٩، وشرح منتهى الإرادات ٢٥٩/٣، و٣٦٠، وفتح الباري ٤٤٦/٤.
وقد أجمع الفقهاء على:
- أنّ بيع ربويٍّ بربويٍّ لا يشاركه في العلّة متفاضلاً ونسيئةً جائزٌ؛ كبيع الذّهب بالحنطة.
- كما أجمعوا على أنّه لا يجوز بيع الرّبويّ بجنسه وأحدهما مؤجّل.
- وأجمعوا على أنّه لا يجوز التّفاضل إذا بِيْعَ بجنسه حالاً؛ كالذّهب بالذّهب.
- وعلى أنّه لا يجوز التّفرّق قبل التّقابض إذا باعه بِجنسه، أو بغير جنسه مِمّا يشاركه في العلّة، كالذّهب بالفضّة.
- وعلى أنّه يجوز التّفاضل عند اختلاف الجنس إذا كان يداً بيد، كصاع حنطة بصاعَي شعير.
انظر: إجماع ابن المنذر ص ٥٤، ف (٤٨٢، ٤٨٧-٤٨٨)، وإجماع ابن حزم ص ٨٣-٨٥، وشرح مسلم ١٢/١١.

(٢) التّفاضل من الفضل، وهو الزّيادة، وربا الفضل: بيع شيءٍ من الأموال الرّبويّة بجنسه متفاضلاً.
انظر: الفواكه الدّواني ٧٨/٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩٥.

وإن كان الصّنف واحداً، وقيل: يعتبر اتّفاق الأسماء مع اتّفاق المنافع، والأَشْهَرُ أَلاَّ يُعتبَر، وقد يُعتَبَرُ[١].

وأمّا أبو حنيفة؛ فالمعتبر عنده في منع النَّساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التّفاضل، هو اتّفاق الصّنف، اتّفقت المنافع أو اختلفت؛ فلا يجوز عنده شاةٌ بشاة، ولا بشاتين نسيئةً، وإن اختلفت منافعها[٢].

وأمّا الشّافعي؛ فكلّ ما[٣] يجوز التّفاضل عنده في الصّنف الواحد يجوز فيه النَّساء، فيجيز شاةً بشاتين نسيئةً ونقداً، وكذلك شاةً بشاة[٤].

ودليل الشّافعي حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ أمره أن يأخذ في قلائص[٥] الصّدقة البعير بالبعيرين إلى الصّدقة[٦]؛ قالوا: فهذا

---

(١) انظر: المعونة ٩٥٥/٢، و٩٥٨، و٩٦١-٩٦٢، والتّلقين ص ٣٦٥-٣٦٩، والاستذكار ٣٦٦/٥-٣٦٧، و٤٢٤-٤٣٠، و٤٤٦، والتّمهيد ١٤٠/١٢-١٤١، و١٤٩، والمقدّمات ٣٣/٢، وعقد الجواهر ٦٢٩/٢، ومواهب الجليل ١٢٥/٦-١٢٦، وحاشية الدّسوقي ٢٥/٣، و٢٨، و٤٧.

(٢) وهو قولٌ للحنابلة. انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، وبدائع الصّنائع ٤٠٠/٤-٤٠٤-٤٠٧، و٤١١، والهداية ٦١/٣-٦٢، والاستذكار ٤٢٨/٥، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٣-٢٦١.

(٣) في بعض نسخ بداية المجتهد المطبوعة زيادة حرف: (لا)، والسّياق يقتضي عدم إثباته، وسيأتي تحقيق ذلك في نصّ القاعدة [٤٦]، إن شاء الله تعالى.

(٤) وهو الصّحيح في مذهب للحنابلة.
انظر: الاستذكار ٤٢٧/٥، والمهذّب ٤٧/٢، و٤٩، و٥٠-٥١، و٥٥، والمجموع ٣٠٣/٩، و٣٠٥، وروضة الطّالبين ٣٨٠/٣، و٥٠١-٥٠٨، والمغني ٥٨/٦، و٦٤، والمقنع ١٠٠/١٢، ومنتهى الإرادات ٢٧٢/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٣-٢٦١.

(٥) القلائص، جمع قَلُوص، ويجمع أيضاً على: قَلاص، وقُلُص، وقُلْصَان، وهي النّاقة الشّابة، وقيل: لا تزال قَلوصاً حتّى تصير بازلاً، وتُجمع على قِلاص وقُلُص أيضاً. انظر: النّهاية ١٠٠/٤، والمجموع ٣٠٢/٩، وشرح مسلم ٣٨/١١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٣٧.

(٦) هذا من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص،وليس حديث عمرو بن العاص كما =

التّفاضل في الجنس الواحد مع النَّساء.

وأمّا الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة؛ أنّ رسول الله ﷺ نَهَى عن بيع الحيوان بالحيوان[1]، قالوا: وهذا يدلّ على تأثير الجنس على الانفراد في النَّسيئة.

وأمّا مالك فعمدته في مراعاة منع النَّساء عند اتّفاق الأغراض سدّ الذّريعة، وذلك أنّه لا فائدة في ذلك إلاّ أن يكون من باب **سَلَفٍ يَجُرُّ**

=

في المتن،ولعلّه سقطٌ.

أخرجه أبو داود في سننه ٦٥٣/٣، كتاب البيوع والإجارات،باب الرّخصة في ذلك،برقم: (٣٣٥٧)، والدّارقطني في سننه ٧٠/٣، برقم: (٢٦٣)، والحاكم في مستدركه ٥٦/٢-٥٧، وقال: «صحيحٌ على شرط مسلمٍ»، ووافقه الذّهبي، وقوّى ابن حجر إسناده في فتح الباري ٤٨٩/٤.

وضعّفه الألباني في: ضعيف أبي داود برقم: (٧٢٨)، ومشكاة المصابيح برقم: (٢٨٢٣)، وحسّن بعض طرقه في إرواء الغليل ٢٠٥/٥.

وأخرجه البيهقي في سننه٢٨٧/٥-٢٨٨،والدّارقطني٦٩/٣،برقم:(٢٦١)،من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، وصحّحه من هذا الوجه البيهقي، وحسّنه الألباني في إرواء الغليل برقم: (١٣٥٨).

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٦٥٢/٣، كتاب البيوع والإجارات، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة، برقم: (٣٣٥٦)، والتّرمذي في سننه ٥٣٨/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، برقم: (١٢٣٧)، والنّسائيّ في سننه ٢٩٢/٧، وابن ماجه في سننه ٧٦٣/٢، برقم: (٢٢٧٠)، قال التّرمذي: «حديث سَمَرة؛ حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، وسماع الحسن بن سمرة صحيحٌ،هكذا قال عليّ بن المديني وغيره»، وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (٢٨٦٩)، وصحيح ابن ماجه برقم: (١٨٤١)، والجامع الصّغير برقم: (١٢٨٨٦، و١٢٨٩٢)، ومشكاة المصابيح برقم: (٢٨٢٢)، والسّلسلة الصّحيحة برقم: (٢٤١٦)، وإرواء الغليل ١٩٨/٥.

نَفعاً، وهو يَحرُم، وقد قيل:إنّه أصلٌ بنفسه»[١].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها في كتب أهل العلم بهـذه الصّيغة، أو بمفادها، منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «أمّا الذي يرجع إلى نفس القرض، فهو أَنْ لا يكون فيه جَرُّ منفعة؛ فإن كان لَم يَجُزْ»[٢].

ما جاء في الرّسالة الفقهية: «ولا يَجوزُ سَلَفٌ يَجُرُّ مَنْفعةً»[٣].

ما جاء في المعونة: «القرض الجاري للنّفـع حـرامٌ؛ لِنَهيـه[٤] ﷺ عنه»[٥].

ما جاء في الاستذكار: «كلّ قرضٍ جَرَّ مَنفعةً لا خير فيه»[٦].

ما جاء في المهذّب: «لا يجوز قرضٌ جَرَّ مَنْفعةً، مثل أَنْ يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره، أو على أَنْ يَرُدَّ عليه أجود منه، أو أكثر منه»[٧].

---

(١) بداية المجتهد ٣/٢٥٧-٢٥٨.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٦/٥١٨.

(٣) رسالة ابن أبي زيد القيرواني ص ٢١٣، وانظر: الاستذكار ٥/٣٦٧.

(٤) أخرجه البيهقي في سننه ٥/٣٥٠-٣٥١، و٦/٣٩، وقال: «هذا منقطع بين ابن سيرين وعبد الله». وقد ضعّفه بعض أهل العلم، منهم: عمر بن بدر، وصحّحه آخرون منهم: إمام الحرمين، والغزالي، ورواه البيهقي موقوفاً على: ابن مسعود، وأبي بن كعب، وعبد الله بن سلام، وابن عبّاس رضي الله عنهم أجمعين. انظر: التّلخيص الحبير ٣/٣٩، وتعليق محقّق بدائع الصّنائع ٦/٥١٨-٥١٩.

(٥) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ٢/٩٩٩.

(٦) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥/٥٢٧، وانظر: ٥/٤٢٤-٤٢٥، والتّمهيد١٢/١٩٣، وعقد الجواهر ٢/٧٥٩، وجامع الأمّهات ص ٣٧٤.

(٧) المهذّب للشّيرازي ٢/١٤٠، وانظر: تكملة المجموع ١٢/٢١٤.

ما جاء في المغنِي: «كلّ قرضٍ شرط فيه أن يَزيده، فهو حرامٌ بغير خلاف»[١].

ما جاء في المحلّى: «مسألة: ولا يحلّ أن يشترط ردّاً أكثر مِمّا أخذ ولا أقلّ، وهو ربا مفسوخٌ، ولا يحلّ اشتراط ردّ أفضل مِمّا أخذ ولا أدنَى وهو ربا، ولا يجوز اشتراط نوعٍ غير النّوع الذي أخذ، ولا اشتراط أن يقضيه في موضعٍ كذا ولا اشتراط ضامنٍ»[٢].

شرح مفردات القاعدة:

سَلَف، السَّلَف لغةً هو القرض في لغة هل الحجاز، والقرض اسم مصدرٍ بمعنَى: الاقتراض، وهو القطع[٣].

وفي اصطلاح الفقهاء هو: دَفعُ مُتَموَّلٍ في عِوَضٍ غير مُخَالِفٍ له لا عاجلاً[٤].

أو هو: القرض بلا منفعة[٥].

نفعاً: أي: منفعةً ضدّ الضُّرِّ، وهي الزّيادة والنّصيب[٦].

---

(١) المغني لِموفّق الدِّين ابن قدامة ٤٣٦/٦، وانظر: الشّرح الكبير والإنصاف ٣٤٢/١٢-٣٤٤.

(٢) المحلّى لابن حزم ٣٤٧/٦ ف (١١٩٣)، و٣٥٠، ف (١١٩٥)، و٤٣٨/٧، ف (١٤٨٧).

(٣) انظر: أسرار البلاغة ص ٣٠٥، والمصباح المنير ص ١٠٨.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٧/٦، و٥٢٠، وعقد الجواهر ٧٥٨/٢، وحدود ابن عرفة ٤٠١/٢، والفواكه الدّوانِي ٩٧/٢، والمهذّب ١٤٠/٢، والمغنِي ٤٢٩/٦، وشرح منتهى الإرادات ٣٢٢/٣.

(٥) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢٢٢.

(٦) انظر: أسرار البلاغة ص ٦٤٨، والفواكه الدّوانِي ٧٨/٢، و٩٨، ومعجم لغة
=

الرّبا، لغةً: الفضل والزّيادة[١].

وفي اصطلاح الفقهاء: الزّيادةُ في أشياء مخصوصة[٢].

أو هي: كلّ زيادةٍ مشروطةٍ في العقد خاليةً عن عوضٍ مشروعٍ[٣].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

معنَى هذه القاعدة أنّ كلّ سَلَف، أو أيّ عقد من عقود المعاوضات اشْتُرِطَ فيها نفعٌ زائدٌ من دون مقابلٍ، فهو رِبا حرامٌ، فهي من القواعد التي لها علاقةٌ بحياة المسلم اليومية في مأكله ومشربه، وتُبَيِّنُ له الحلال من الحرام خوفاً من الوقوع فيما حرّمه الله عليه من غير قصد، وبخاصة أبواب عقود المعاوضات من المعاملات، والقاعدة وإن جرت عادة الفقهاء بذكرها في باب القرض باعتبارها شرطاً من شروط صحّة القرض، إلاّ أنّها تدخل في غيره من عقود المعاوضات؛ كالبيوع والسَّلَم، لذلك يذكرها بعضهم[٤] ضمن البيوع الفاسدة، قال في الفواكه الدّواني: «ولَمَّا كان السَّلَفُ الذي يَجُرُّ نفعاً شبيهاً بالْمَبيع فاسداً في وجوب فسخه بعد وقوعه، وبعد فواته يُرَدُّ إلى فاسد أصله وهو البيع، ذكره عقبه بقوله: ولا

=

الفقهاء ص ٤٣٥.

(١) انظر: المفردات ص١٩٣، وشرح مسلم٨/٤١٢،و١١/١١،والمصباح المنير ص٨٣.

(٢) انظر: والاستذكار ٣٦٧/٥، والفواكه الدّواني ٧٨/٢-٧٩، وعمدة الأحكام ص ٧٣، ومنتهى الإرادات ٢٦٩/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٥/٣.

(٣) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٩٥.

(٤) كما فعل ابن أبي زيد القيرواني في رسالته الفقهية ص ٢١٣، وانظر: بدائع الصّنائع ٥١٧/٦-٥١٨، المعونة ٩٩٨/٢-١٠٠١، وعقد الجواهر ٧٥٩/٢، والمغني ٤٣٦/٦، والمحلّى ٤٠١/٧-٤٠٢.

يجوز، أي: يحرم سَلَفٌ يَجُرُّ نفعاً لغير المقترض»[١]، وقال أيضاً: «القرض الذي هو السَّلَفَ فرعٌ، والبيع أصله»[٢].

وقد تدخل في عقود المكارمات؛ كالنّكاح، والشّركات، قال في الرّسالة: «ولا يجوز سَلَفٌ يَجُرُّ نفعاً، ولا يجوز بيعٌ وسَلَفٌ، وكذلك ما قَارَنَ السَّلَفَ مِنْ إجارةٍ أو كِرَاء»[٣]، يعني: كذلك لا يجوز عقدٌ قَارَنَ السَّلَفَ من إجارةٍ أو كِراءٍ؛ لأنّهما مِنْ أنواع البيع، فكما لا يجوز شرطُ السَّلَف مع البيع، كذلك لا يجوز شرطُ السَّلَفِ مع الإجارة أو الكراء، ولا خصوصية للبيع، بل النّكاح والشّركة والقراض والمساقاة والصّرف لا يجوز شرطُ السَّلَفِ مع واحدٍ منها؛ لأنّ الزّوج في النّكاح مثل المشتري في البيع، والزّوجة مثل البائع، وصداق المثل نظير القيمة في السّلعة، والْمُسَمَّى نظير الثّمن للسّلعة في البيع، والضّابط الحاصر لِمَا يَمتنع جمعه مع السَّلَفِ هو: كلّ عقد معاوضةٍ؛ لذا عُرِفَت الرِّبا بأنّها: كلّ زيادةٍ مشروطةٍ في العقد خاليةً عن عوضٍ مشروعٍ[٤].

وأمّا ما ليس بعقد معاوضةٍ، فلا يَمتنع جمعه مع السَّلَف؛ كعقود التّبرعات مثل: الصّدقة أو الهبة، إن كان السَّلَفُ من الْمُتَصَدِّق أو من الواهب فذلك جائزٌ، وإن كان بالعكس فلا يجوز[٥].

فالقرض عقدُ معاوضةٍ، إلاّ أنّه يفارق البيع؛ حيث يجوز فيه ما لا

---

(١) الفواكه الدّواني للنّفراوي ٢/٩٦.
(٢) النّفراوي في الفواكه الدّواني ٢/٩٦.
(٣) رسالة ابن أبي زيد القيرواني ص ٢١٣.
(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٩٥.
(٥) انظر: الفواكه الدّواني ٢/٩٧، والمحلّى ٧/٤٠١-٤٠٢.

يجوز في البيع، كجواز إقراض المجهول، ويجوز فيه جهل الأجل بخلاف البيع، ويُقْرَضُ ما لا يُبَاعُ؛ كجلد الأضحية، ولعلّ وجه التّفريق هو الرّفق بالتّسلّف[١].

والمقصود بجرار النّفع المحرّم هو اشتراط الزّيادة، إمّا بالكمّيّة وإمّا بالكيفيّة.

وأمّا الكمّيّة فكاشتراط الأكثر أو الأقلّ، أو الأجود أو الأردأ، كَمَنْ يكون له عشرة أثواب سعودية مثلاً، ويتّفق مع مَنْ هي عليه على أَنْ يُعَجّلها له نصف الشّهر مع زيادة ثوب من نوعها.

وأمّا بالكيفية؛ فكاشتراط في القَدر أو الصّفة، مثال الزّيادة في القَدر: أن يؤخّره عن الأجل الأوّل ويدفع له عن العشرة مثلاً خمسة عشرة، ومثال الزّيادة في الصّفة: أَن يُؤخّره عن الأجل الأوّل ليدفع له الأجود[٢].

وليس كلُّ سَلَف جرَّ منفعةً مُحرَّماً، وإنّما المحرَّم منه هو المنفعة المشروطة في العقد، أو التي تكون على وَأْيِ أي: وعد، أو التي جرت العادةُ بها، تَنْزيلاً للعرف مَنْزلة المشروط، وعلى هذا إجماع المسلمين، قال في التّمهيد: «قد أجمع المسلمون نقلاً عن نبيّهم ﷺ أنّ اشتراط الزّيادة في السَّلَف ربا، ولو كان قبضةً من عَلَف، أو حبّة»[٣].

أمّا إذا تَطَوَّعَ المُقْتَرِضُ من غير شرط ولا عادة بزيادة في صفة أو عدد فجائزٌ، بل قيل: إنّه يُستَحَبّ لِمَن عليه دَينٌ من قرضٍ أو غيره أن يَرُدَّ

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٨/٦، والفواكه الدّواني ٩٧/٢، والمهذّب ١٤٠/٢، والمحلّى ٤٠٢/٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٨/٦-٥١٩، والفواكه الدّواني ٧٨/٢، و٩٨-٩٩، والمغني ٤٣٦/٦، و٤٣٨، وشرح منتهى الإرادات ٣٢٨/٣-٣٢٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩٥.

(٣) التّمهيد ٢٦٢/١٢، وانظر: الاستذكار ٥٢٦/٥-٥٢٧، و٥٢٩، وبداية المجتهد ٤٥٢/٣، والمغني ٤٣٦/٦.

أجودَ مِنَ الذي عليه، وأنّه من السّنة ومكارم الأخلاق، وليس هو من قرضٍ جارٍّ لمنفعةٍ، وذلك أنّه لا يوجد عقدٌ من عقود المعاوضات إلاّ وهو مَبنيٌّ على الزّيادة، والبيع الذي هو أصلها لا يخلو من الزّيادة في الأغلب، بل الزّيادة مقتضاه ومقصدٌ من مقاصده، إلاّ أنّها زيادةٌ لها مقابلٌ[1].

ومِن أدلّة جواز حصول المنفعة من غير شرطٍ ولا عادةٍ ما يلي:

١-قوله ﷺ : «أَعْطِه؛ إنّ خِيَارَ النّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً»[2]؛ حيث استسلف ﷺ من رجلٍ بَكراً، فأمر بقضاه جَملاً خياراً رباعياً خيراً منه[3].

٢-أثر عبدالله بن عمر -رضي الله عنهما- أنّه اقترض من رجلٍ دراهم فردّ عليه خيراً منها فامتنع من أخذها،وقال:هذه خيرٌ مِن دراهِمي،قال ابن عمر:فإنّ نفسي طِيبة بها[4].

٣-أثر عبدالله بن -عمر رضي الله عنهما-، أنّ رَجُلاً أتاه فقال له: يا أبا عبد الرّحمن! إنِّي أَسْلَفْتُ رَجُلاً سَلَفاً، واشْتَرَطْتُ عليه أفضل مِمّا

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٦/٥١٩، والاستذكار ٥/٤٥٢، و٥٢٦-٥٣١، والمنتقى ٦/٤٥٣، و٤٥٥-٤٥٦، و٤٥٨، وحاشية الدّسوقي ٣/٦٧، والمهذّب٢/١٤١، وتكملة المجموع ١٢/٢١٤، والمغني ٦/٤٣٨، والشّرح الكبير ١٢/٣٤٨، ومنتهى الإرادات ١/٢٨٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/٣٢٨، والمحلّى ٦/٣٤٩، و٣٦١.

(٢) من حديث أبي رافع، أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢٢٤، كتاب المساقاة، باب مَنِ استسلف شيئاً فقضى خيراً منه، برقم: (١٦٠٠).

(٣) انظر: التّمهيد ١٢/٢٦٢، والمنتقى ٦/٤٥٤، والفواكه الدّواني ٢/٩٨، و٩٩، وشرح مسلم ١١/٣٩.

(٤) أخرجه الإمام مالكٌ في موطّئه ٢/٦٨١، كتاب البيوع، باب ما يجوز من السَّلَف، برقم: (٩٠)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٥/٣٥٢، برقم: (١٠٧٢٦).
وانظر: المعونة ٢/٩٩٩، والاستذكار ٥/٥٢٧، والمهذّب ٢/١٤٠-١٤١.

أَسْلَفْتُه، فقال عبد الله بن عمر: فذلك الرّبا، قال: فكيف تأمُرُني يا أبا عبد الرّحمن؟... قال: أرى أن تَشُقَّ الصّحيفة، فإنْ أعطاك مثْلَ الذي أَسْلَفْتَهُ قَبلْتَهُ، وإنْ أَعْطَاكَ دون الذي أَسْلَفْتَهُ فأَخَذْتَـهُ أُجِـرْتَ، وإنْ أَعْطَاكَ أَفْضَلَ ممَّا أَسْلَفْتَه طِيبَةٌ به نَفْسُهُ فذلك شُكْرٌ شَكَرَه لك ولك أجرُ ما أَنْظَرْتَهُ[١].

قال الإمام مالك -رحمه الله-: «لا بأس بأن يقْبَضَ مَنْ أَسْلَفَ شيئاً منَ الذّهب أو الورق أو الطّعام أو الحيوان ممَّنْ أَسْلَفَهُ ذلك، أفضل ممَّا أَسْلَفَهُ إذا لَمْ يكن ذلك على شرطٍ منهما، أو عادةً، فإنْ كان على شرطٍ، أو وَأْيٍ، أو عادةً فذلك مَكروهٌ ولا خير فيه... فإنْ كان على طِيبِ نفسٍ من الْمُسْتَسْلف... كان ذلك حلالاً لا بأس به»[٢].

٤-ولأنّ الرِّبا اسمٌ لزيادةٍ مشروطة في العقد ولم تُوجَد، بل هذا من باب حسن القضاء، وأنّه مندوبٌ إليه[٣].

وأيضاً لا يحرم اشتراط زيادة المنفعة إلاّ إذا تَمَحَّضَت للمُقـرِض أو لأجْنَبيٍّ من ناحية المقرِض؛ لأنّ السّلف يكون لله -تعالى-؛ فلا يقع جائزاً إلاّ إذا تَمَحَّض النّفعُ للمقترض؛ لِمَا فيه من إيصال النّفع إليـه، وتفـريج كربته؛ فلا يجوز إقراض المقصوص ليأخذ جيّداً، ولا الحبّ القديم ليأخـذ جديداً، وأحرى الدّخول على أكثر كِمّية؛فإنّه محض الرّبا؛ لقول بعـض

---

(١) أخرجه الإمام مالكٌ في موطّئه٢/٦٨١-٦٨٢،كتاب البيوع،باب ما لا يجوز مـن السَّلَف برقم:(٩٢)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٥/٣٥٠، برقم: (١٠٧١٩).

(٢) الموطّأ ٢/٦٨١، وانظر: الاستذكار ٥/٥٢٦-٥٢٧، والمنتقى ٦/٤٥٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٥١٩، والمغني ٦/٤٣٨-٤٣٩، وشرح منتـهى الإرادات ٣/٣٢٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩٥.

الفقهاء:مِنْ أَرْبَى الرِّبا مَا جَرَّ مِنَ السَّلَف نفعاً؛ كشرط عفنٍ بسالمٍ، وكدفع ذاتٍ يَشُقُّ حملها ليأخذ بَدلها في الموضع الذي يتوجه إليه، وقصده بذلك إراحته من حملها، وأمّا لو كان الحامل على ذلك كثرة الخوف في الطّريق فلا مَنْع[1].

وعلى هذا يحمل قول الفقهاء[2]: لا يجوز بيعٌ وسَلَفٌ، أي: لا يجوز اشتراط بيعٍ وسَلَف، كما لو باعه دارَهُ بشرط أن يبيعه الآخر داره، وأمّا ما لم يكن عن شرطٍ فجائزٌ؛ كاجتماع البيع والسَّلَف من غير شرطٍ؛ فإنّه يجوز ولا يَمتنع، ويُحْمَل النّهي الوارد عن بيعٍ وشرطٍ[3] على شرطٍ يناقض المقصود، أو يَخلّ بالثّمن[4].

والسَّلَفُ جائزٌ من كلّ شيءٍ يَحِلُّ تَمَلُّكُهُ ولو لَمْ يصحَّ بيعُهُ؛ فيدخل فيه جلد الميتة المدبوغ، ولحم الأضحية، وملء الظّرف المجهول، إلاّ في الجواري لِمَن تَحِلُّ له على تقدير مِلْكها فلا يجوز سَلَفُهَا له؛ لمَا في ذلك من عارية الفروج، وذريعة استباحة فرجٍ بغير نكاحٍ ولا مِلْكٍ فكان في معنَى العارية؛ لأنّ المقترض يَجوز له أن يردَّ الذّات المقترضة نفسها، وربّما يكون ردَّها بعد التّلذّذ بها؛ ولذا لا يَحرُم إقراضها لمَن لا يتأتّى منه الاستمتاع؛ كصغيرٍ وشيخٍ فانٍ، أو كان المقترض امرأةً، أو كانت الجارية لا تشتهي، وأجاز الظّاهرية قرض الجواري[5]، وكذلك لا يجوز قرض

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٨/٦، والمعونة ٩٩٩/٢، والفواكه الدّواني ٩٦/٢، و٩٨.

(٢) انظر مثلاً: الرّسالة الفقهية ص ٢١٣، والمغني ٤٣٧/٦.

(٣) كما في حديث المتقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦]، من أدلّة المذهب الثّالث.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٨/٦، والاستذكار ٥٢٩/٥-٥٣١، وحاشية الدّسوقي ٦٦/٣-٦٧، والفواكه الدّواني ٩٧/٢، والمغني ٤٣٧/٦.

(٥) وقال به المزني من الشّافعية وقولٌ للحنابلة؛ لأنّه عقدٌ ناقلٌ للمِلْك؛ فاستوى فيه =

تراب الفضّة[(١)].

وقال الحنفية: يشترط للمقرَض أن يكون ممّا له مِثْل؛ كالمكيلات، والموزونات، والعدديّات المتقاربة، فلا يجوز ما لا مِثْل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة؛ لأنّه لا سبيل إلى إيجاب ردّ العين ولا إلى إيجاب ردّ القيمة، ولأنّه يؤدّي إلى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين؛ فتعيّن أن يكون الواجب فيه ردّ المثل؛ فيختصّ جوازه بما له مثل، بناء على ذلك فالحيوان لا يجوز فيه قرضٌ[(٢)].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة محلّ الاتّفاق بين أهل العلم، لا خلاف بينهم في ذلك، قال في التّمهيد: «وقد أجمع المسلمون نقلاً عن نبيِّهم ﷺ أنّ اشتراط الزّيادة في السَّلَف ربا، ولو كان قبضةً من عَلَفٍ، أو حبّةٍ»[(٣)].

من أدلّة القاعدة:

= العبيد والإماء كسائر العقود، وهو خلاف ما عليه جمهور أهل العلم.
انظر: المعونة ٩٩٨/٢، والتمهيد ٢٦٠/١٢، والاستذكار ٥٣٠/٥-٥٣٤، والمنتقى ٤٥٩/٦، والقوانين الفقهية ص ١٩٠، والفواكه الدّواني ٩٧/٢، والمهذّب ١٣٩/٢، وشرح مسلم ٣٨/١١، والمغني ٤٣٢/٦-٤٣٣، والإنصاف ٣٢٦/١٢، ومنتهى الإرادات٢٨٤/١، وشرح منتهى الإرادات ٣٢٤/٣، والمحلّى ٣٤٧/٦، و٣٥٥، ف (١٢٠٢).

(١) انظر: الرّسالة الفقهية ص ٢١٣، والفواكه الدّواني ٩٧/٢.

(٢) وحديث أبي رافع السّابق حجّة عليهم. انظر: بدائع الصّنائع ٥١٧/٦، وشرح مسلم ٣٨/١١.

(٣) التّمهيد ٢٦٢/١٢، وانظر: الاستذكار ٥٢٦/٥، و٥٢٧، وحكَى الإجماعَ أيضاً ابن المنذر في إجماعه ص٥٥، ف(٥٠٨)،وابن قدامة في المغني٤٣٦/٦، وابن حزم في المحلّى٤٣٨/٧، ف (١٤٨٧).

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها بأدلّةٍ من السّنة والأثر والإجماع والمعقول منها:

١-نَهيُه ﷺ عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعاً[١].

٢-أثر عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه قال في رجلٍ أَسْلَفَ رَجُلاً طعاماً على أن يُعْطِيَهُ إيّاه في بلد آخر،فكره ذلك عُمر بن الخطاب، وقال:فأَيْنَ الْحَمْلُ؟، يعني: حُمْلانَه[٢].

٣-أثر عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-، أنّ رَجُلاً أتاه فقال له: يا أبا عبد الرّحمن! إِنِّي أَسْلَفْتُ رَجُلاً سَلَفاً، واشْتَرَطْتُ عليه أفضل ممّا أَسْلَفْتُه، فقال عبد الله بن عمر: فذلك الرّبا، قال: فكيف تأمُرُني يا أبا عبد الرّحمن؟ فقال عبد الله: السَّلَفُ على ثلاثة وجوه: سَلَفٌ تُسْلِفُهُ تريد به وجه الله، فلك وجه الله، وسَلَفٌ تُسْلِفُهُ تريد به وجهَ صاحبك، فلك وجهُ صاحبك، وسَلَفٌ تُسْلِفُهُ لتأخُذَ خَبيثاً بطَيِّب فذلك الرّبا، قال: فكيف تأمُرُني يا أبا عبد الرّحمن؟ قال: أرى أنْ تَشُقَّ الصّحيفة، فإنْ أعطاك مثْلَ الذي أَسْلَفْتَهُ قَبِلْتَهُ، وإنْ أَعْطَاكَ دون الذي أَسْلَفْتَهُ فأَخَذْتَهُ أُجِرْتَ، وإنْ أعْطَاكَ أفْضَلَ ممَّا أَسْلَفْتَه طيبَةٌ به نُفْسُهُ؛ فذلك شُكْرٌ شَكَرَه لك ولك أجرُ ما أَنْظَرْتَهُ[٣]، ووجه ذلك واضحٌ؛ فقد سَمَّى اشتراط الزّيادة رِباً، كما سَمَّى الذي يأخذه الْمُسْلِفُ زيادةً على حقّه خَبيثاً[٤].

---

(١) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٢) أخرجه مالكٌ في موطّه ٦٨١/٢، كتاب البيوع، باب ما لا يجوز من السَّلَفِ، برقم: (٩١).

(٣) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٤) انظر: المنتقى ٤٥٨/٦.

٤-أيضاً أثر عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-، قال: مَنْ أَسْلَفَ سَلَفاً فلا يَشْتَرِطْ إلاّ قضاءَهُ[١]، يعني: لا يشترط زيادةً، ولا منفعةً، ولا شيئاً إلاّ قضاء مثل ما أعطى[٢].

٥-أثر عبد الله بن مسعود ﷺ أنّه كان يقول: مَنْ أَسْلَفَ سَلَفاً فلا يَشترط أفضلَ منْه، وإنْ كانت قبضةً منْ عَلَف، فهو ربا[٣]، يعني: قليل ذلك وكثيره؛ لأنّ شرط زيادة وإن كانت يسيرةً ربا[٤].

٦-الإجماع أنّ مَن اشترط شيئاً منْ ذلك فهو ربا،قال في الاستذكار: «كلّ زيادة في عين، أو منفعة يشترطها الْمُسلِفُ على الْمُسْتَسْلِف فهي ربا لا خلافً في ذلك»[٥].

٧-أنّ الزّيادةالمشروطة تشبه الرّبا؛لأنّها فضلٌ لا يقابلُهُ عِوَضٌ،والتّحرّز عن حقيقة الرّبا وعن شبهة الرّبا واجبٌ،منْ باب ترك ما ليس به بأسٌ مَخافةَمُوافَقة ما به بأسٌ[٦].

٨-ولأنّ القرض عقدُإرفاقٍ،فإذا شرط المقرِضُ فيه منفعةًلنفسه خرج عن موضوعه[٧].

---

(١) أخرجه الإمام مالكٌ في موطّئه ٦٨٢/٢، كتاب البيوع، باب ما لا يجوز من السَّلَف برقم: (٩٣).
(٢) انظر: المنتقى ٤٥٨/٦-٤٥٩.
(٣) أخرجه مالك في الموضع السّابق، برقم: (٩٤).
(٤) انظر: المنتقى ٤٥٩/٦.
(٥) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥٢٩/٥.
(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٨/٦-٥١٩، والاستذكار ٥٣٠/٥، والفروق ٢٩١/٣، وتكملة المجموع ٢١٤/١٢، والمغني ٤٣٩/٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩٥.
(٧) انظر: المهذّب ١٤٠/٢-١٤١، والمغني ٤٣٦/٦.

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّه متَى تَمحّضت المنفعة للمقترض بشرط أو بغير شرط جاز؛ لأنّه لا ربا فيه، وإنْ تَمحَّضت للمقرِض بشرطٍ أو بغير شرطٍ مُنِـعَ؛ لأنّـه سَلَفٌ جَرَّ نفعاً، وإن دارت بين الطّرفين مُنِعَ ما لم تكـن ضـرورةً، تغليباً للحظر على الإباحة، وإن كانت ضرورةً جاز[1].

٢-لا تجوز الوضعيةُ -أي: الحطيطة- من الدَّين كان من بيعٍ أو قـرضٍ على شرط تَعجيله قبل حلوله؛ كأَنْ يكون له دَينُ عرضٍ، أو عينٍ، أو طعامٍ لأجَلٍ؛كشهرٍ مثلاً، ويتّفق مع مَنْ عليه الدَّين علـى إسـقاط بعضه، ويُعَجِّل له الباقي قبل انقضاء الشّهر، فهذا حرامٌ، وتُعرَف هذه الصّورة عند الفقهاء بـ (ضَعْ وتَعَجَّلْ)، أي: حُطَّ وأَسْـقِطْ عنِّـي حصّةً منه، وأعجِّل لك باقيه؛ لأنّه مِنْ باب سَلَف جَرَّ نفعاً.

وجه ذلك: أنّ مَنْ عَجَّل شيئاً قبل وجوبه يُعَدُّ مُسْلِفاً لما عَجَّلَـهُ؛ ليأخذ عنه بعد الأجل ما كان في ذمّته، وهو جميع الدَّين، فإنْ وقع ونزل رَدَّ إليه ما أخذه، ويَستحِقُّ جميع دَينه عند حلول الأجل، وإنْ لم يطّلـع عليه حتّى انقضى الأجل وجب على مَنْ عليه الدَّين أن يدفع له البـاقي الذي كان أسقطه عنه صاحب الدَّين، وأمّا لو اتَّفَقَا بعد حلول الأجـل فذلك جائزٌ[2].

---

(١) انظر: عقد الجواهر ٢/٧٥٩، والقوانين الفقهية ص ١٩٠، والمهـذّب ٢/١٤٠-١٤٣، وتكملة المجموع ١٢/٢١٤، والمغني ٦/٤٣٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٥١٧-٥١٩، والاسـتذكار ٥/٥٠٠-٥٠٤، والفواكـه الدّواني ٢/٩٨-٩٩، والمهذّب ٢/١٤٠-١٤٣، والمغني ٦/٤٣٧-٤٣٨.

٣- لا يجوزالتّأخير به على الزّيادة فيه،كان ذلك من بيعٍ أو قرضٍ،من عينٍ أو من غيرها؛ لأنّه فسخُ دَينٍ، وفيه سَلَفٌ بزيادة؛ لأنّ الْمُؤخِّر لِمَاً في الذّمة مُسْلِفٌ، يأخذ أكثر مِنْ دَينه بعد الأجلِ الثّاني،سواء كانت الزّيادة من الْمديان أو أجنَبي، وسواء في الكمّيّة أو الكيفية؛ لأنّ فسخ ما في الذّمة في مُؤخَّرٍ حرامٌ مطلقاً، وأمّا تأخير الـدَّين أجلاً ثانياً من غير اشتراط زيادة، أو مع ترك بعضه من غير شرطٍ، فلا حرمة فيه، بل مندوبٌ إليه لِمَا فيه من الإرفاق بِمَنْ هو عليه، والتّبرّع بإسقاط بعضه[1].

٤-إنْ شرط في القرض أن يُوَفِّيه أنقص مِمّا أقرضه، وكان ذلـك مِمّـا يجري فيه الرّبا، لم يجز؛ لإفضائه إلى فوات الْمُمَاثلة فيما هي شـرطٌ فيه، فكان كشرط الزّيادة[2].

٥-وعلى هذه القاعدة تُخرّج مسألة السّفاتج[3] التي يتعامل بها التّجّـار أنّها مكروهة؛ لأنّ التّاجر ينتفع بها بإسقاط خطر الطّريق فتشبه قرضاً

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٧/٦-٥١٩، والقوانين الفقهيـة ص ١٩٠، والفواكـه الدّواني ٩٨/٢، و٩٩، والمهذّب ١٤٠/٢، والمغني ٤٣٧/٦.

(٢) وقد قيل بجوازه؛ لأنّ القرض جُعِلَ للرِّفق بالمستقرض، وشرط النّقصان لا يُخرجه عن موضوعه بخلاف الزّيادة، وهو وجهٌ عند الشّافعية.
انظر: المهذّب ١٤١/٢، والمغني ٤٣٩/٦، والشّرح الكبير ٣٤٥/١٢.

(٣) السّفاتج، جمع: سفتجة، فارسية الأصل، وهي: أَنْ يقرض شخصٌ مالَـهُ في بلـدٍ لشخصٍ ليقبضه من وكيله في بلد آخر، درءً لِخَطَرِ الطّريق، ومؤنة الحمل.
ويقال لَها في عرف عصرنا: (كمبيالة)، وهي ورقةٌ مكتوبةٌ فيها لوكيل الْمُتَسَـلِّف بإعطاء مثل الذّات المدفوعة في بلد بعيد. انظر: عقد الجواهر ٧٥٩/٢، والفواكـه الدّواني ٩٦/٢، وتكملة المجموع ٢١٣/١٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢١٩.

جرّ نفعاً، ومحلّ المنع أَنْ يقوم دليلٌ على أنّ القصد نفع المقرض فقط، كما لو كان عليه دراهم بنيجيريا مثلاً وهو بالسّعودية، ويريد أن ينقدها إلى هناك؛ فيخاف غرر الطّريق فيقرضها لِمَن يدفعها إلى غريمه بنيجريا؛ فيربح هو نفقة الطّريق، ومؤنة الحمل، والغرر والمخاطر، فيحرم؛ لأنّه أشبه قرضاً جرّ نفعاً، أمّا إذا كان فيه نفعٌ للمقترض فجائزٌ؛ لورود ذلك عن الزّبير، وابن عبّاس -رضي الله عنهم- [(١)]، ولأنّه مصلحةٌ لهما مِن غير ضررٍ بواحدٍ منهما، والشّرع لا يَرِدُ بتحريم المصالح التي لا مضرّة فيها.

٦-لو أراد رجُلٌ أن يبعث إلى عياله نفقةً، فأقرضها رَجُلاً على أَنْ يدفعها إلى عياله فلا بأس، إذا لم يأخذ عليها شيئاً[(٢)].

٧-ومنها: سَلَفُ الطّعام السّايس والمعفون والمبلول الرّطب والقديم، ليأخذ سالماً جديداً يابساً؛ فإن لم تكن في زمن المسغبة منع بلا خلاف، وإن كانت تَمَحَّضت المنفعة للقابض جاز، وإن كانت للدّافع منع[(٣)].

---

(١) أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه ١٤٠/٨، برقم: (١٤٦٤٢)، وابن أبي شيبة في مصنّفه ١١٩/٥.
وانظر: مصنّف عبد الرّزّاق ١٤٠/٨-١٤١، ومصنّف ابن أبي شيبة ٣٥٩/٤، وسنن البيهقي الكبرى ٣٥٢/٥، وبدائع الصّنائع ٥١٩/٦، والمعونة ٩٩٩/٢-١٠٠٠، والاستذكار ٥٢٩/٥، والمنتقى ٤٥٦/٦، وعقد الجواهر ٧٥٩/٢، والقوانين الفقهية ص ١٩٠، والفواكه الدّواني ٩٦/٢، والمهذّب ١٤٠/٢، وتكملة المجموع ٢١٣/١٢-٢١٤، والمغني ٤٣٦/٦-٤٣٧، و٤٤٢، والشّرح الكبير والإنصاف ٣٤٢/١٢-٣٤٤، والمحلّى ٣٤٩/٦.

(٢) انظر: المغني ٤٤٠/٦.

(٣) انظر: عقد الجواهر ٧٥٩/٢، وجامع الأمّهات ص ٣٧٤، والقوانين الفقهية ص ١٩٠.

٨-ومنها: لو أقرض شخصٌ إنساناً قرضاً، ثم استعمل المقترِضَ عملاً لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض، كان قرضاً جَرَّ منفعةً، فلا يجوز[١].

٩-وعليها تُبنَى قول بعض الفقهاء في أكل هدية الغريم؛ أنّه لا يصلح أنْ يقبلها، وكذلك ضيافته إيّاه، إلاّ أن يكون ذلك بينهما معروفاً قبل ذلك، وهو يعلم أَنْ ليس هَدِيَّتُهُ إليه لِمكان دَينه، وينبغي أن يحمل قولهم هذا على هدية مشروطة، فإن اشترط في السَّلَف زيادةً كان حراماً، وكذا إن اشترط على الغريم هديّةً كان حراماً، ولا بأس أَنْ يتقبّلها إذا كان بغير شرط[٢].

١٠-ومن ذلك: هدية ربّ المال لِمَنْ عامَلَهُ مُقارَضَةً، لئلاّ يقصد بذلك أن يُديمَ العاملُ العملَ، فيصير سَلَفاً جَرَّ منفعةً[٣].

١١-لو أقرض رَجُلٌ أكّارَهُ أي: حَرَّاثُهُ، ما يشتري به بقراً أو آلةً يعمل عليها في أرضه، أو بذراً يبذره فيها، فإنْ شرط ذلك في القرض لَمْ يَجُزْ؛ لأنّه شَرَطَ ما ينتفع به، فأشبه شَرْطَ الزّيادة، فيدخل في باب سَلَفٍ جرَّ منفعةً، وإنْ لَمْ يكن شرطاً جاز؛ لأنّ الحاجة داعيةٌ إليه، والمستقرض يقصد نفع نفسه، وإنّما يحصل انتفاع المقرض ضمناً فأشبه أخذ السّفتجة وإيفاءه في بلدٍ آخر، ولأنّه مصلحةٌ لهما جميعاً[٤].

---

(١) انظر: المغني ٤٣٨/٦.

(٢) انظر: الاستذكار ٥٢٧/٥-٥٢٩، وعقد الجواهر ٧٦٠/٢، وإجماع ابن المنذر ص ٥٥، ف (٥٠٨)، والمغني ٤٣٨/٦، وجامع الأمّهات ص ٣٧٤، وشرح منتهى الإرادات ٣٢٩/٣، والمحلّى ٣٥٩/٦-٣٦١، ف (١٢٠٨).

(٣) انظر: عقد الجواهر ٧٦٠/٢.

(٤) وحكى ابن قدامة عن ابن أبي موسى منعه؛ لأنّه قرضٌ جرَّ منفعةً.

=

١٢–لو قال: اقْتَرِضْ لِي من فلان مائة ريال ولك عشرةٌ فلا بأس، ولو قال: اكْفُلْ عَنِّي ولك ألفٌ لَمْ يَجُز، وجه الفرق: أنّ قوله: اقْتَرِضْ لِي مائةً ولك عشرةٌ، جُعَالة على فعلٍ مُباحٍ فجازت، كما لو قال له: ابْنِ لِي هذا الحائطَ ولك عشرةٌ، وأمّا الكفالة فلا؛ لأنّ الكفيل يلزمه الدَّين، فإذا أدّاه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرضُ جَارّاً للمنفعة فلم يجز[1].

=

انظر: المغني ٦/٤٤٠.

(١) انظر: المغني ٦/٤٤١.

المبحث الثّاني: القاعدة الثّانية والأربعون [٤٢]

[رفع السّبب المفسِد في المحسوسات بعد فساد الشّيء؛ ليس يقتضي عودة الشّيء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة دليلاً للقول القاضي بأنّ ترك الشّرط الفاسد قبل القبض لا يصير به العقد صحيحاً؛ حيث قال: ((واختلفوا إذا ترك الشّرط قبل القبض؛ أعني: شرط السَّلَف، أَيصحّ البيع أم لا؟

فقال أبو حنيفة والشّافعي وسائر العلماء: البيع مفسوخٌ[١].

وقال مالكٌ وأصحابه: البيع غير مفسوخٍ إلاّ ابن عبد الحكم قال: البيع مفسوخٌ[٢].

---

(١) هذا قول الصّاحبين -أبو يوسف ومحمّد بن الحسن-، وزفر، وبه قال الحنابلة، ومحمّد بن عبد الحكم، والأبهري من المالكية، وأمّا أبو حنيفة فمقتضى قوله جواز البيع إذا أسقط الشّرط، وعليه مذهب الحنفية.

انظر: مختصر القدوري ص ٨٣-٨٤، وبدائع الصّنائع ٣٧٥/٤، و٣٨٦، و٤٣١، و٥٨٢-٥٩٢، والهداية ٢٧/٣-٢٨، و٤٨-٥٠، و٧١، والتّمهيد ١٩٤/١٢، والاستذكار ٤٤٤/٥، ومختصر المزني ص ١٢٧، والمهذّب ٤٠/٢، والمجموع ٢٠٨/٩، و٢٧٤-٢٧٩، والمغني ٤٣/٦، و٣٣٤، و١٧٩/٧، و٥٦٥، و٤٠٥/١٤، ومنتهى الإرادات ٢٥٤/١-٢٥٥، وشرح منتهى الإرادات ١٧٤/٣-١٧٥، و١٧٧، و١٧٨.

(٢) وهذا هو مشهور المذهب، أنّ البيع غير مفسوخٍ إذا ترك الشّرط الفاسد.

انظر: التّمهيد ١٩٣/١٢-١٩٥، و٢٠٥، والمقدّمات ٦٧/٢، والبيان والتّحصيل ٢٦٤/٧-٢٦٦، وعقد الجواهر ٦٧٢/٢، و٦٧٨، والقوانين الفقهية ص ١٧١،

=

وقد رُوِيَ عن مالك مثل قول الجمهور[(١)].

وحجّة الجمهور: أنَّ النَّهْيَ يتضمّن فساد المنهي، فإذا انعقد البيع فاسداً لم يُصَحِّحْهُ بعد رفع الشّرط الذي مِنْ قِبَلِه وقع الفساد، كما أنّ **رَفْعَ السَّبَبِ الْمُفْسِدِ في المحسوسات بعد فساد الشّيء ليس يقتضي عودة الشّيء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود»**[(٢)].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «وإن كان -الفساد- بعد القبض؛ فإن كان الفساد راجعاً إلى البدل؛ فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء[(٣)]؛

=

والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٤٢/٦.

(١) إمّا مطلقاً، أو بناء على استثناء مسألتين، المذهب فيهما عند المالكية مثل قول الجمهور، لا يجوز للبائع فيهما إمضاء البيع على ترك الشّرط؛ فيكون حكمها حكم البيع الفاسد يفسخ.

المسألة الأولى: أن يبيع الرّجلُ من الرّجل الأمة على أن لا يطأها؛ فإنْ فعل فهي حرّةٌ، أو عليه كذا وكذا، وما أشبه ذلك، فهذا يفسخ على كلّ حال، على حكم البيع الفاسد.

المسألة الثّانية: أَنْ يشتري الرّجلُ السّلعةَ بثَمنٍ معلوم، ويشترطَ أحدُ الْمُتَبَايِعَين على صاحبه الخيار فيها إلى أجلٍ بعيد، فهذا أيضاً يفسخ على كلّ حال، ولا يكون لمشترط الخيار منهما أن يبطل الشّرط ويمضي البيع؛ لأنّ ذلك يُعَدُّ منه تجويز الشّرط لا إبطالاً له.

انظر: التّمهيد ١٩٣/١٢-١٩٥، والبيان والتّحصيل ٢٦٥/٧-٢٦٦، وعقد الجواهر ٦٧٢/٢، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل٢٤٢/٦،و٢٤٦،ومختصر المزني ص١٢٧.

(٢) بداية المجتهد ٣٧٢/٣.

(٣) وهو أنّ العقد مفسوخٌ؛ وكلّ واحد من العاقدين يَملك الفسخ من غير رضا الآخر كيف ما كان الفساد؛ لأنّ البيع الفاسد لا يفيد الْملك قبل القبض، فكان الفسخ قبل القبض بِمَنْزلة الامتناع عن القبول والإيجاب؛ فَيَمْلكه كلّ واحدٍ منهما؛

=

لأنّ الفساد الرّاجع إلى البدل فسادٌ في صلب العقد، ألا ترى أنّه لا يُمكن تصحيحه، بخلاف هذا المفسد لما أنّه لا قوام للعقد إلاّ بالبدلين، فكان الفساد قويّاً فيؤثّر في صلب العقد بسلب اللّزوم عنه فيظهر عدم اللّزوم في حقّهما جميعاً»[١].

ما جاء في الهداية: «البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً، كما إذا تلف بوجهٍ آخر»[٢].

ما جاء في المجموع: «وحيث فسد العقد لشرطٍ فاسدٍ ثم أسقطا الشّرط لَمْ ينقلب العقد صحيحاً، سواء كان الإسقاط في المجلس أم بعده»[٣].

ما جاء في روضة الطّالبين: «إذا باع صبرة حنطةٍ بصبرة شعيرٍ، صاعاً بصاعٍ، وخرجتا متساويتين صحّ، وإن تفاضلتا فرضيٍ صاحب الزّائد بتسليم الزّيادة تَمَّ البيع، ولزم الآخر قبولها، وإنْ رضي صاحب النّاقصة بقدرها من الزّائد أقرّ العقد، وإن تشاحّا فسخ البيع»[٤].

ما جاء في المغني: «العقد لا يخلو مِنْ أَنْ يكون صحيحاً، أو فاسداً، فإنْ كان صحيحاً مع الشّرط، لَمْ يَفْسُد بوجود ما شرطاه فيه، وإن كان فاسداً، لَمْ يَنْقَلِب صحيحاً، كما لو باع درهماً بدرهمين، ثم حَذَفَ أَحدَهما»[٥].

=

كالفسخ بخيار شرط العاقدين. انظر: المرجع السّابق.

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٥٨٤/٤.

(٢) الهداية للمرغيناني ٤٨/٣، و٥٠.

(٣) المجموع للنّووي ٢٧٩/٩، وانظر منه: ٢٧٤.

(٤) روضة الطّالبين للنّووي ٣٨٥/٣-٣٨٦.

(٥) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٤٣/٦، ردّاً على المالكية في تصحيح شرط الخيار أبداً بضرب مُدَّةٍ يُختَبَر المبيع في مثلها في العادة، وهذه النّسبة ليست بصحيحةٍ؛ لما

=

شرح مفردات القاعدة:

السّبب: لغة: ما توصل به إلى غيره[١].

واصطلاحاً: ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته[٢].

ويطلق عند الفقهاء على أربعة أشياء[٣]:

الأوّل: علّة العلّة، يُسَمّونها علّة؛ كالرّمي؛ فإنّه علّةٌ لإصابة السّهم بَدَنَ الشّخص المرمي، وإصابته إيّاه علّةٌ لقتله؛ فالرّمي علّةٌ لعلّة القتل تُسَمَّى سبباً، ولعلّ هذا المعنَى هو المعنَى الفقهي المناسب لِمعنَى السّبب في القاعدة، والله تعالى أعلم.

الثّاني: ما يقابل المباشرة؛ كالقتل بالسّبب دون المباشرة مثل: الحفر مع التّردية.

الثّالث: العلّة التي تَخَلَّفَ شَرْطُهَا؛ كنصاب الزّكاة بدون الحول.

الرّابع: العلّة الشّرعية نفسها، وهي الوصف المناسب للحكم، وعليه أكثر أهل الأصول.

المحسوسات، جمع محسوسة، وهي اسم المفعول من حَسَّ يَحِسُّ إحساساً، وهو العلم بأيّ حاسّةٍ كانت من حواس الإنسان أي: مشاعره، وهي خمسة: السّمع،والبصر،والشّمّ، والذّوق، واللّمس[٤].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

=

تقدّم قريباً أنّ هذه المسألة إحدى المسألتين تُسْتَثْنَى عند المالكية من قاعدة تصحيح العقد بإسقاط المشترط شرطَهُ.

(١) انظر: المفردات ص ٢٢٦، وأساس البلاغة ص ٢٨٢، والمصباح المنير ص ١٠٠.

(٢) انظر:مذكّرة أصول الفقه ص٥٠، ونثر الورود ص٥٨، وتسهيل الوصول ص١٢.

(٣) انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٥٠-٥١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢١٣.

(٤) انظر: المفردات ص ١٢٣، والمصباح المنير ص ٥٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٥١.

هذه القاعدة متعلّقةٌ بحكم العقد الفاسد من قِبَلِ الشّرط إذا وقــع، أنّه لا ينقلب صحيحاً بحالٍ من الأحوال، بل يفسخ، ولا يمكن رفعه، كما أنّ المحسوسات بعد فسادها لا يُمكن رفعها وتصحيحها إلى ما كان عليه من قبل طريان الفساد عليها.

إلاّ أنّ الفساد في العقد لا يخلو إمّا أن يكون راجعاً إلى أركانه، وهي: عاقدان، ومحلّ، أي: المعقود عليه، أو البدل، أي: الثّمن، كما لو كان العقد صادراً من غير ذوي أهلية التّصرّف والعقد؛ لأنّ التّصرّف الشّرعيّ لا وجود له بدون الأهليّة والمحليّة شرعاً، كما لا وجود للتّصرّف الحقيقــيّ إلاّ مــن الأهل في المحلّ حقيقةً، أو وقع على مُحرَّمٍ شرعاً؛ كبيع الخمــر، والخنْزيــر، والميتة، والدّم، والعذرة، وكلّ ما ليس بِمالٍ، أو كان أحدهما ثَمنــاً، فــإنّ الفساد في هذه الصّور يفسد أصل العقد، ولا يُتصوّر ارتفاعه[١].

وإمّا أن يكون الفساد راجعاً إلى اشتراط شرط فاسد، كما لو باع بشرط سَلَفٍ، وهذا إمّا أن يكون قبل أن القبض، أو بعده، وأيّاً ما كــان الأمر فإنّ الفساد إذا وقع وتقرّر لا يرتفع فلا يرجع العقــد الفاســد إلى صحيحه، لامتناع أن ينقلب صحيحاً.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة مختلفٌ فيها عند الفقهاء بين مَنْ يرى بطــلان العقــد بشرط فاسد مطلقاً، وأنّ العقد مفسوخٌ، وهم جمهور أهل العلم[٢].

ومَنْ يُقَسِّم الشّروط باعتباراتٍ مختلفةٍ ومنها: تقسيم الشّروط إلى ما

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٤، و٥٩١.

(٢) انظر: المراجع السّابقة عند توثيق مذهبهم.

إذا تَمَسَّكَ به مشترطه أفسد العقد، وإذا تُرِكَ صحّ العقــد، وبــه قــال المالكية، وقولٌ للحنفية[1].

والبيوع الفاسدة تنقسم بعدّة اعتباراتٍ منها: اعتبار السّبب المفسد مِن قِبَلِ شرطٍ أو غيره، وباعتبار إحداثٍ أو عدمه، وباعتبار ما قَبْلَ القبض أو بعده، والكلام في ذلك من خلال تطبيقات القاعدة كالتّالي.

من تطبيقات القاعدة:

المسألة الأولى: ارتفاع الفساد عن العقد:

إن كان فساد العقد راجعاً إلى الشّرط الفاسد،وتُرِكَ الشّرطُ قبـل القبض،يعني:شرط السَّلَف مثلاً، فهل يصحّ العقد أم لا؟ فيه خلافٌ جارٍ بين الفقهاء، وهذه المسألة هي مناسبة إيراد القاعدة،وقد تقدّم توثيقها في مطلع القاعدة، ونكتة الخلاف فيها مَبْنِيَّةٌ على أصلين[2]:

الأصل الأوّل: إذا لَحِقَ الفسادُ بالبيع من قِبَل الشّرط الفاسد؛ فهل يرتفع الفسادُ إذا ارتفع الشّرط الفاسد أم لا يرتفع،كما لا يرتفع الفســاد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران الْمُحَرَّم العين به؟ وهذا أيضــاً ينبني على أصلٍ آخر هو:

الأصل الثّاني: أهذا الفساد حُكْمِيٌّ أم معقولٌ؟ مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّه حُكْمِيٌّ، وحيث فسد العقد لشرطٍ فاسدٍ ثم أُسْـقِطَ الشّرط، لم ينقلب العقد صحيحاً، سواء كان الإسقاطُ في مجلـس

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٣-٥٨٥، والمقدّمات ٢/٦٨، وبداية المجتهد ٣/٣٠٩، و٣١٣، و٤/٢٦٧.

(٢) انظر: الاستذكار ٥/٤٤٣، وبداية المجتهد ٣/٣١٣، وعقد الجواهر ٢/٦٧٢.

العقد، أو بعده؛ فلا يرتفع الفساد عن العقد بارتفاع الشّرط الفاسد. وبه قال جمهور أهل العلم منهم: الشّافعية والحنابلة وقولٌ للحنفية والمالكية[١].

لأنّ هذا العقد انعقد بوصف الفساد من حين وجوده، فلا يُتَصَوَّر أن ينقلب جائزاً لما فيه من الاستحالة؛ لأنّ الفساد بعد تقرّره لا يَحتمل الزّوال.

ولأنّه اشترط عقداً في عقد ففسد كَبَيعَتَين في بيعة.

ولأنّه عقدٌ فاسدٌ فلا يعودُ صحيحاً، كما لو باعَ درهماً بدرهمين، ثم ترك أحدهما[٢].

المذهب الثّاني: أنّه معقولٌ، فيرتفع الفساد عن العقد بارتفاع الشّرط الفاسد، وينقلب العقد صحيحاً. وبه قال المالكية، ومذهب الحنفية ووجهٌ عند الشّافعية في المجلس[٣].

---

(١) وهو الأصل عند زفر من الحنفية، ورواية عن الإمام مالك، وقول محمّد بن الحكم من المالكية. انظر: مختصر القدوري ص ٨٣-٨٤، وبدائع الصّنائع ٣٥٤/٤، و٣٦٠، و٣٧٨، و٣٩٢، و٤٣١، و٥٨٤، و٥٩١، والهداية ٤٨/٣، و٥٠، والتّمهيد ١٩٣/١٢، والاستذكار ٤٨١/١، و٥٠٠، و٥٢٩-٥٣٣، و١٦/٦-٢٢، وبداية المجتهد ٣٧١/٣-٣٧٢، وحاشية الدّسوقي ٦٧/٣، وتطبيق القواعد ص٢٥٧، ومختصر المزني ص١٢٧،والمهذّب ٤٠/٢-٤١، والمجموع ٢٠٨/٩، و٢٧٤، و٢٧٩، والمغني ٤٣/٦،و٣٣٤،و١٧٩/٧،و٥٦٥،و٤٠٥/١٤، وشرح منتهى الإرادات١٧٧/٣.

(٢) انظر: روضة الطّالبين ٤١٢/٣، والمغني ٣٣٤/٦.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص٨٣-٨٤، وبدائع الصّنائع ٥٤٨/٣، و٣٧٨/٤، و٣٩٢، و٤٣١، و٥٨٤، و٥٩١، والهداية ٢٧/٣-٢٨، و٤٨-٥١، و٧١، والمنتقى و٤٥٨/٦، و٨٧/٧، و٩٥، والمقدّمات ٦٧/٢، والبيان والتّحصيل ٢٦٤/٧-٢٦٦، وبداية المجتهد ٣١٣/٣، وعقد الجواهر ٦٧٢/٢، والقوانين الفقهية ص ١٧١-١٧٢، وحدود ابن عرفة ٣٧٧/٢، والتّاج والإكليل ومواهب =

واستدلّوا لذلك بما يلي:

١-أثر عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-، أنّ رَجُلاً أتاه فقال له: يا أبا عبد الرّحمن! إنّي أَسْلَفْتُ رَجُلاً سَلَفاً، واشْتَرَطْتُ عليه أفضل ممّا أَسْلَفْتُه، فقال عبد الله بن عمر: فذلك الرّبا، قال: فكيف تأمُرُني يا أبا عبد الرّحمن؟ فقال عبد الله: السَّلَفُ على ثلاثة وجوه: سَلَفٌ تُسْلِفُهُ تريد به وجه الله، فلك وجه الله، وسَلَفٌ تُسْلِفُهُ تريد به وجه صاحبك، فلك وجهُ صَاحِبك، وسَلَفٌ تُسْلِفُهُ لتأخُذَ خَبيثاً بطَيِّب فذلك الرّبا، قال: فكيف تأمُرُني يا أبا عبد الرّحمن؟ قال: أرى أن تَشُقَّ الصّحيفة، فإنْ أعطاك مثْلَ الذي أَسْلَفْتَهُ قَبِلْتَهُ، وإنْ أَعْطَاكَ دون الذي أَسْلَفْتَهُ فأَخَذْتَهُ أُجِرْتَ، وإنْ أعْطَاكَ أفْضَلَ ممَّا أَسْلَفْتَه طيبَةٌ به نَفْسُهُ فذلك شُكْرٌ شَكَرَه لك ولك أجرُ ما أَنْظَرْتَهُ[١].

ووجه الاستدلال؛ حيث اشترط شرطاً فاسداً، ثم طلب من ابن عمر رضي الله عنهما التّوجيه والمخرج الشّرعِيّ ليُصحِّح شرطه الفاسد، فأجابه لذلك، و لم يقل له: إنَّ عَمَلَك هذا وقع فاسداً، ولا ينقلب صحيحاً.

قال في الْمُنْتَقَى: «فصلٌ: ثم قال له: (أَرَى أَنْ تَشُقَّ الصّحيفة)، يريد: أَنْ يُبْطِلَ الشَّرطَ الذي ثبت في الصّحيفة، ولا يعتقدَ الطَّلَبَ له، بل يعتقد

=

الجليل ٦/٢٤٢، وحاشية الدّسوقي ٣/٦٧، والفواكه الدّواني ٢/٩٧، والمجموع ٩/٢٧٤، و٢٧٩، وروضة الطّالبين ٣/٣٨٥-٣٨٦، و٤١٢، والمغني ٦/٤٣، و٣٣٤، و٧/١٧٩، و٥٦٥، و١٤/٤٠٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٤٩، وتعليق مُحقّق المحلّى ٧/٥٠١، و٩/٤١٤.

(١) تقدّم تخريجه في القاعدة [٤١]، الدّليل (٣) لجواز حصول المنفعة من غير شرطٍ.

إسقاط الشّرط جُمْلَةً، وهكذا مَنْ أَسْلَفَ رَجُلاً، وشرط عليه زيادةً، وكان قَرضُهُ مُؤجَّلاً، كان له أن يُبْطِلَ القرضَ جُمْلَةً لتَعَذُّر استيفائه للشّرط الذي شرطه، ويُعَجِّلَ قبضَ ماله، والأفضل لَهُ أَنْ يُسْقِطَ الشَّرطَ، ويُبْقيه على أَجَله دون شرطٍ، وإِنْ كان غير مُؤجَّلٍ كان له أَنْ يأخذ ماله، ويُبْطِلَ شرطه»[١].

٢-أثر عمر بن الخطاب مع ابن مسعود -رضي الله عنهما- وفيه: أنّ عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ابتاع جاريَةً مِن امْرَأَتِه زَيْنَبَ الثَّقَفيّة، واشْتَرَطَتْ عليه أَنَّك إنْ بعْتَهَا فَهِيَ لِي بالثَّمَن الذي تبيعُهَا به، فسأَل عبدُ الله بن مسعودٍ عن ذلك عُمَرَ بن الخطاب -رضي الله عنهما-، فقال عمرُ بن الخطاب: «لا تَقْرَبْهَا، وفيها شَرْطٌ لأحَدٍ»[٢].

وجه الاستدلال منه؛ حيث عَلَّقَ منع قربانها ووطئها بوجود شرطٍ لأحد، أي: تَنَحَّ عَنْهَا، ما دام الشّرطُ قائماً، ولا تطأها حتّى يوقف البائعُ فيتركَ الشّرط ويمضي البيع؛ لأنّه بيعٌ فاسدٌ والحال هذه، فدلّ بمفهومه: على جواز قربانها عندما تزول هذه الحال، وتنقلب من حالة وجود شرطٍ فيها إلى حالة عدم وجوده.

وقيل تأويله: لا يقربها وفيها شرطٌ لأحد، أي: لا يبيعها وفيها شرطٌ لأحد، والتّأويل الأوّل أظهر؛ لأنّ الظّاهر أنّه إنّما سأله بعد أن يبتاعها لا مستشيراً له في ابتياعها، وعلى كلا التّأويلين فالأثر يدلّ على صحّة العقد إذا تُرِكَ الشّرط الفاسد وأُسْقِطَ[٣].

---

(١) المنتقى للباجي ٤٥٨/٦، وانظر: الاستذكار ٤٤٣/٥، و٥٣٠-٥٣٣.

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة (٣٨)، من أدلّة المذهب الثّاني لحكم العقد الفاسد.

(٣) انظر: الاستذكار ٣٠٢/٥، والبيان والتّحصيل ٢٦٥/٧.

٣-ولأنّه يوصف العقد بالفساد للحال لا لعينه، بل لِمعنًى مجاور له زائد عليه، والعقد هنا إنّما حُكِمَ عليه بالفساد لاشتراط فاسد،فإذا أُسْقِطَ ارتفع،وبقي العقد مشروعاً صحيحاً كما كان من غير وصف الفساد.

٤-ولأنّه قد أسقط ما أدخل الفساد في العقد في وقت يجوز له تركُهُ وابتداؤه؛ فكان ذلك بِمَنْزلة أَنْ يفسخَ العقدَ الفاسدَ واستأنفَ عقداً جديداً[1].

٥-ولأنّ الفساد للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقرّره، وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد؛ فيمكن إسقاطه، بخلاف ما لا يمكن فيه ذلك؛ كما لو باع الدّرهم بالدّرهمين، ثم أسقطا الدّرهم الزّائد؛ لأنّ الفساد في صلب العقد.

٦-ولأنّ الشّرط الفاسد لا يبطل العقد الصحيح في الأصل، والْمُفْسِدُ مُمْكِنُ الحذف، فإذا حُذِفَ زالت علّة الفساد عن المحلّ، ولا شيء يمنع لزوم العقد[2].

التّرجيح:

الذي يظهر لي رجحانه أنّ الفساد يرتفع عن العقد، وينقلب العقد صحيحاً حيث أمكن ذلك.

وذلك أنّ ارتفاع الفساد النّاتج عن فساد الشّرط في العقد يفتقر إلى النّظر في نوعية الشّرط الفاسد؛ فمنها ما يرتفع إذا أسقطه المشترط، ومنها ما لا يرتفع؛ فما كان يرتفع بإسقاطه ينقلب معه العقد صحيحاً وإلاّ فلا[3]، بيان ذلك كالتّالي:

---

(١) انظر: المنتقى ٧/٨٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٤، والهداية ٣/٥٠، والمغني ٦/٤٣.

(٣) انظر: عقد الجواهر ٢/٦٧٢.

فإنْ كان من النّوع الذي لا ينعقد معه العقد أصلاً؛ كالبيع المعلّق بشرطٍ مستقبلٍ، وبيع ما لا يصحّ امتلاكه للمسلم شرعاً؛كبيع الْخنْزير أو الخمر، أو بيع المحرّم العين؛ كالدّم والميتة ونحو ذلك من غير حاجة؛ فإنّ هذا الفساد لا يُمكن ارتفاعه ولا يُتصَوَّر؛ لأنّ العقد غير مُنْعَقْد أصلاً، فهو في حكم المعدوم، والنّاظر إلى أقوال الفقهاء يرى أنّ العقودَ الفاسدة بسبب الشّروط الفاسدة الباطلة الْمُبْطِلَة للعقد كالمعدوم الذي لا وجود لها، فلا يثبت حكماً أصلاً؛ لأنّ الحكَم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلاّ من حيث الصّورة؛ لأنّ التّصرّف الشّرعي لا وجود له بدون الأهليّة والمحليّة شرعاً، كما لا وجود للتّصرّف الحقيقيّ إلاّ من الأهل في المحلّ حقيقةً، فهنا يَترجَّح بأنّه حُكْمِيٌّ.

وإنْ كان الفساد ناتجاً عن اشتراطٍ فيه محظورٌ شرعيٌّ؛ كاشتراط التّغنية في المبيع، أو اشتماله على زيادةٍ تفضي إلى الرّبا، فهو إمّا أن تُمكن إزالة العين المحرّم الذي أفضى اشتراطه إلى فساد العقد؛ فيرتفع الفساد وينقلب العقد صحيحاً، وإمّا ألاّ تُمكن إزالتُهُ فلا يرتفع الفساد، ولا ينقلب العقد صحيحاً، وعليه تُحمَل روايات الأئمة القاضية بفساد العقد بالشّروط الفاسدة.

وكذلك ما عدا ذلك من الشّروط الفاسدة؛ فمتَى كان من قبيل الشّرط الفاسد الذي يعود ببطلان أصل العقد على ما سبق بيانه؛ فإنّه يترجّح القول بأنّه حُكْمِي، فلا يرتفع الفساد عن العقد المحكوم بفساده بسبب هذا النّوع من الشّرط الفاسد، ولا ينقلب صحيحاً، ومَتَى لم يكن كذلك، وأمكن تصحيحه؛ فإنّه يترجّح القول بأنّه معقولٌ، وبالتّالي يرتفع الفساد وينقلب العقد صحيحاً.

ويدلّ على هذا التفصيل أيضاً القاعدة الْمُتَّفق عليها عند أهل العلم: أنّ الحكم يدور مع علّته وجوداً وعدماً، فمتَى وجدت العلّة وجد الحكم، وإذا ارتفعت العلّة وزالت ارتفع الحكم وزال، ولقولهم: إنّ الفساد بقدر الْمُفْسد[1].

ولأنّه قد أُسْقِطَ ما أدخل الفسادَ في العقدفي وقت يجوز له تَركُهُ وابتداؤه؛فكان ذلك بِمَنْزلة مَنْ فسخ العقدَ الفاسدَ واستأنفَ عقداً جديداً، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

قال في بدائع الصّنائع: «فإنْ قيل:لِمَ لا يُعْمَل بهما على القلب مِمّا قلتم؟ قيل: لأنّه لا يَمكن؛ لأنّا لم نجد جائزاً انقلب فاسداً في أصول الشّريعة، ووجدنا فاسداً انقلب جائزاً كما في بيع الرّقم[2]»[3].

وقال فيه -أيضاً-: والأصل عند زفر: أنّ البيع إذا انعقد على الفساد لا يَحتمل الجواز بعد ذلك برفع الفساد، والأصل عندنا: أنّه ينظر إلى الفساد؛ فإن كان قويّاً بأنْ دخل في صلب العقد؛ وهو البدل أو الْمُبْدَل لا يَحتمل الجواز برفع الفساد، وإن كان ضعيفاً لم يدخل في صلب العقد، بل في شرطٍ جائزٍ يَحتمل الجواز برفع الفساد[4].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٨/٤، و٤٣٥، و٥٨٢، و٥٨٤، والهداية ٥٠/٣، وحدود ابن عرفة ٣٧٧/٢.

(٢) بيع الرّقم هو: أن يرقم التّاجرُ المبيعَ؛ كالثّياب مثلاً، أي: يعلّمها بأنّ ثمنها كذا، ويقول: بعتُك هذا الثّوبَ بالرّقم الذي عليه، ويَقْبَل المشتري من غير أن يعلم مقداره؛ فإنّ البيع ينعقد فاسداً، فإنْ عَلمَ المشتري قدر الرّقم في المجلس وقبله انقلب جائزاً بالاتّفاق. انظر: التّعريفات ص ٤٨، وبدائع الصّنائع ٣٥٩/٤، و٣٧٨، و٣٩٢،والاستذكار ٤٨١/٥، وشرح منتهى الإرادات ١٤٩/٣،والمحلّى ٥٠١/٧.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٧٨/٤.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣٩٢/٤، و٤٣١، والهداية ٢٧/٣-٢٨، و٤٨-٥١.

وقال فيه –أيضاً-: ((أمّا بيان أنّ الثّابت بهذا البيع أوجب الفسخ، فهو أنّ البيع وإن كان مشروعاً في ذاته؛ فالفساد مُقْتَرِنٌ به ذِكْراً، ودَفْعُ الفسادِ واجبٌ، ولا يمكن إلاّ بِفسخ العقد فيستحقّ فسخه، لكن لغيره لا لعينه،حتّى لو أمكن دَفْعُ الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ، كما إذا كان الفساد لجهالة الأجل فأسقطاه يسقط،ويبقى البيع مشروعاً كما كان))[١].

وقال فيه أيضاً: ((مَنْ له شرطُ المنفعة قادرٌ على تصحيح العقد بحذف الْمُفْسد، وإسقاطه))[٢]، فهذا نصٌّ منه على أنّ ما أمكن حَذْفُهُ حُذِفَ وبقي العقد صحيحاً، وما لم يمكن حَذْفُه، أو أمكن ولكن لم يُحْذَف بَعْدُ فإنّ العقد لا ينقلب صحيحاً والحال هذه.

وقال في الهداية: ((ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج، وكذلك إلى الحصاد والدّياس والقطاف والجذاذ؛ لأنّها تتقدّم وتتأخّر...، ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ النّاس في الحصاد والدّياس، وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً، وقال زفر: لا يجوز؛ لأنّه وَقَعَ فاسداً فلا ينقلب جائزاً، وصار كإسقاط الأجل في النّكاح إلى أجل، ولنا: أنّ الفساد للمنَازعة، وقد ارتفع قبل تقرّره، وهذه الجهالة في شرطٍ زائدٍ لا في صلب العقد؛ فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدّرهم بالدّرهمين، ثم أسقطا الدّرهم الزّائد؛ لأنّ الفساد في صلب العقد، وبخلاف النّكاح إلى أجلٍ؛ لأنّه متعةٌ وهو عقدٌ غير عقد النّكاح))[٣].

---

(١) بدائع الصّنائع ٤/٥٨٣-٥٨٤، و٥٩١، وانظر: ٣/٥٤٨، والهداية ٣/٥١.

(٢) بدائع الصّنائع للكاسانِي ٤/٥٨٤، وانظر: ٣٧٨.

(٣) الهداية للمرغينانِي ٣/٤٩-٥٠، و٥١، وانظر: مختصر القدوري ص ٨٤.

قال في المقدّمات: «الشّروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك- رحمه الله- تنقسم على أربعة أقسامٍ:

أحدها: يفسخ به البيع على كلّ حالٍ، ولا خيار في إمضائه لأحد المتبايعين، فإن كانت السّلعةُ قائمةً رُدَّتْ بعينها، وإن كانت فائتةً صحّ البيع فيها بالقيمة بالغةً ما بلغت، كانت أكثر من الثّمن أو أقلّ، وهو ما آل البيع به إلى الإخلال بشرطٍ من الشّروط المشترطة في صحّة العقد، كعدم الرّبا، والغرر في الثّمن أو الْمَثمون وما أشبه ذلك.

والثّاني: يفسخ فيه البيع ما دام مُشْتَرِطُ الشّرط مُتَمَسِّكاً بشرطه، فإنْ رضي بترك الشّرط صحّ البيع إن كان لم يفت، وإن كان قد فات كان فيها الأقلّ من الثّمن أو القيمة، أو الأكثر من القيمة أو الثّمن...»[1].

قال ابن رشد في معرض ذكره للشّروط عند المالكية: «رابعاً: وهو أنّ من الشّروط ما إنْ تَمَسَكَ الْمُشْتَرِط بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع...»[2].

ثم قال مُبَيِّناً النّوع الذي لا يُمكن ارتفاع الفساد عنه: «والفساد الذي يوجد في بيوع الرّبا والغرر هو أكثر ذلك حُكْمِيٌّ؛ ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلاً، وإن ترك الرّبا بعد البيع أو ارتفع الغرر»[3].

وقال في موضعٍ آخر: «ولذلك جعل مالكٌ جنساً ثالثاً من الشّروط، وهي الشّروط التي إنْ تَمَسَّك بها المشترط فسد العقد، وإن لم يتَمَسَّك بها

---

(١) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٢/٦٦-٦٧، وانظر: التّمهيد ١٢/٢٠٥، وبداية المجتهد ٣/٣٠٩، و٤/٢٦٧.

(٢) بداية المجتهد ٣/٣٠٩-٣١٠.

(٣) بداية المجتهد ٣/٣١٣.

جاز، وهذا ينبغي أن تفهمه في سائر العقود الشّرعية»[١].

وقال في القوانين الفقهية: «وفي المذهب-المالكيّ-تفصيلٌ؛فإن كان الشّرط يقتضي التّحجير على المشتري بطل الشّرط والبيع، إلاّ أن يسقط عن المشتري شرطه فيجوز البيع، وذلك مثل: أن يشترط عليه أن لا يبيع، ولا يهَب، أو يشترط في الأمة أن يتّخذها أم ولدٍ، أو أَنْ لا يسافر بها»[٢].

وقال في الحدود: «الفاسد مِنَ البيوع نوعان: ما لا يصحّ رَفعُ الْمُكَلَّفِ أثرَ فساده، وما يصحّ لِلمُكَلَّف رَفعُ أثر فساده، وهو ذو حقٍّ لأدَمِيٍّ فقط، كبيع الأجنبِيّ غير وكيل»[٣].

وقال في المغني: «...لأنّها -الكتابة- فاسدةٌ والفاسد يُشْرَع رفعه وإزالته»[٤].

بعد هذا، إذا ثبت رجحان المذهب القاضي بتصحيح العقد الفاسد الرّاجع إلى الشّرط الفاسد الذي يُمكن رفعه؛ بحيث إذا رفع ارتفع الفساد؛ فإنّ هذه القاعدة لا تصلح دليلاً على إطلاقه لِمنع تصحيح جميع العقود، بل من الشّروط الفاسدة ما يُمكن رفعها وتصحيح العقد معها، والله- سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

---

(١) بداية المجتهد ٢٦٧/٤.

(٢) القوانين الفقهيّة لابن جُزَيّ ص ١٧١، وانظر: البيان والتّحصيل ٢٦٤/٧، وعقد الجواهر ٦٧٢/٢، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٤٢/٦.

(٣) حدود ابن عرفة ٣٧٧/٢.

(٤) المغنِي لابن قدامة ٤٠٥/١٤.

المبحث الثّالث: القاعدة الثّالثة والأربعون [٤٣]

[ما لا يَجُوزُ اتِّخَاذُهُ لا يَجُوزُ بَيعُهُ]

ذكر ابن رشد -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن مسائل الأعيان المحرّمة البيع في باب البيوع مُبَيِّناً بها ما أجمع الفقهاء على تحريم بيعه؛ حيث قال: «وأمّا ما حرم بيعه مِمّا ليس بنجَسٍ، أو مُختلف في نَجاسته، فمنها: الكلب والسّنور، وأمّا الكلب فاختلفوا في بيعه:

فقال الشّافعي: لا يَجوز بيعُ الكلب أصلاً[1].

---

(١) أي: سواء مأذونٌ في اقتنائه أو غير مأذونٍ في اقتنائه. وهو مذهب الحنابلة، والظّاهرية.

من أدلّتهم:

١- حديث أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه المتّفق عليه، أنّ رسول الله ﷺ نَهَى عن ثَمَنِ الكَلْب، ومَهْرِ البغيّ، وحُلْوَان الكافر.

أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٤٩٧، كتاب البيوع، باب ثمن الكلب، برقم: (٢١٧٩)، ومسلم في صحيحه ٣/١١٩٨، كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب...، برقم: (١٥٦٧).

ومهر البغيّ: ما تأخذه الزّانية على الزّنا، وسُمِّي بذلك لكونه على صورته، وهو حرام بإجماع المسلمين، وكذلك حلْوَانُ الكاهن، وهو ما يعطاه على كهانته؛ لأنّهما عوضٌ عن مُحرَّم، ولأنّه أكل المال بالباطل.

انظر: التّمهيد ١٢/١٨٦، والاستذكار ٥/٤٣٩، وشرح مسلم ١٠/٤٧٥، و٤٧٦، وفتح الباري ٤/٤٩٨.

٢- قوله ﷺ: «ثَمَنُ الكلب خَبيثٌ، ومَهْرُ البَغِيّ خَبيثٌ، وكَسْبُ الْحجامِ خَبيثٌ».

أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١١٩٩، الموضع السّابق، برقم: (٤١/١٥٦٨).

ووجه الاستدلال من الحديث؛ أنّه لو جاز بيعه لَما كان ثَمَنُهُ سُحتاً.

قال النّووي في شرح مسلم ١٠/٤٧٦: «أجمع المسلمون على تحريم حلوان الكاهن؛

=

وقال أبو حنيفة: يَجوز ذلك(١).

=

لأنّه عوَضٌ عن مُحرَّم، ولأنّه أكل المال بالباطل، وكذلك أجمعوا على تحريم أجرة المغنيّة للغناء، والنّائحةً للنّوح»، ثم قال ١٠/٤٧٧: «وأمّا النّهي عن ثَمن الكلب، وكونه من شرّ الكسب، وكونه خَبيثاً؛ فيدلّ على تحريم بيعه، وأنّه لا يصحّ بيعه، ولا يَحلّ ثَمنه، ولا قيمة على متلفه، سواء كان مُعَلّماً أم لا، وسواء كان ممّا يجوز اقتناؤه أم لا»، وانظر: إجماع ابن المنذر ص ٥٢، وعارضة الأحوذي ٥/٢٨٢، والمجموع ٩/١٦٧، وفتح الباري ٤/٤٩٧.

٣- حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه المتّفق عليه، أنّ النّبيّ ﷺ قال: «إنّ الله ورَسُولَهُ حَرَّمَ بَيعَ الْخَمْرِ، والْمَيتَة، والْخنْزير، والأصنام».

أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٤٩٥، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، برقم: (٢١٧٨)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢٠٧، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر...، برقم: (١٥٨١).

قال النّووي في شرح مسلم ١١/١٠-١١: «العلّة في منع بيع الميتة والخمر والخنْزير النّجاسة، فيتعدّى إلى كلّ نجاسة، والعلّة في الأصنام كونها ليس فيها منفعةٌ مباحةٌ، فإنْ كانت بحيث إذا كُسِّرت ينتفع برضاضها...، وأمّا الميتة والخمر والخنْزير فأجمع المسلمون على تحريم بيع كلّ واحد منها، وأنّ ما لا يحلّ أكله والانتفاع به لا يجوز بيعه، ولا يحلّ أكل ثَمنه»، وانظر: فتح الباري ٤/٤٩٧.

٤- ولأنّه نَجَس العين فلا يجوز بيعه كالْخِنْزير، ولأنّه حيوانٌ نُهِيَ عن اقتنائه إلاّ في غير حال الحاجة إليه، فأشبه الْخنْزير.

٥- لأنّ القول بالجواز مخالفٌ لما ثبت عن رسول الله ﷺ ، ولأنّ نَهيه عن البيع عامٌ يدخل فيه جميع الكلاب، وَلا يُعْلَم خبرٌ صحيحٌ ثابتٌ عَارَضَ الأخبار النّاهية.

انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٤، و٣٣٥، والتّمهيد ١٢/١٨٧، والاستذكار ٥/٤٤٠-٤٤١، والفواكه الدّواني ٢/١٠٢، والمهذّب ٢/١٥، والمجموع ٩/١٦٤-١٦٦، و١٧٠، والمنثور ٢/٢٤٤، ومختصر الخرقي والمغني ٦/٣٥٢-٣٥٥، والمقنع والشّرح الكبير ١١/٤٣، و٤٦، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٧، والمحلّى ٧/٤٩٢-٤٩٣-٤٩٨. ومعالم السّنن ٣/٧٥٥، وشرح مسلم ١٠/٤٨٠-٤٨٣.

(١) لأنّ الأمر بقتل الكلاب مخصّص بكلب الصّيد وكلب ماشيةٍ، فصار كسائر

=

وفرّق أصحابُ مالك بين كلب الماشية والزّرع، المأذون في اتّخاذه، وبين ما لا يجوز اتّخاذه[1]؛ فاتّفقوا على أنّ **مَا لا يَجُوزُ اتِّخَاذُهُ لا يَجُوزُ**

=

الجوارح في جواز بيعه.

ولأنّه حيوانٌ يجوز الانتفاع به فأشبه الفهد، ولأنّه تجوز الوصيّة به والانتفاع به فأشبه الحمار.

انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٤/٤، والتّمهيد ١٨٧/١٢، و١٩١، والاستذكار ٤٤٠/٥-٤٤١، والمهذّب ١٥/٢-١٦، والمجموع ١٦٦/٩، وشرح مسلم ٤٧٧/١٠.

(١) منع بيع الكلاب غير مأذونٍ في اتّخاذه متّفق عليه عند المالكية، وأمّا مأذونٌ فيه ففيه ثلاث روايات:

الأولى: مثل مذهبً الشّافعية والحنابلة والظّاهرية، وهي منع بيع الكلب مطلقاً، أي: المأذون في اتّخاذه وغيره. وعليه المذهب، وهو مذهب المدوّنة، وصحّحه ابن عبد البرّ، واقتصر عليه خليل في مختصره، وقال النّفراوي: هو المعتمد، وشهّره غير واحدٍ من المحقّقين في المذهب.

الرّواية الثّانية: كراهة بيع المأذون في اتّخاذه، رواية ابن القاسم عن مالك، ولكنّها ضعيفةٌ.

والرّواية الثّالثة: جواز بيعه، وهي قول ابن كنانة وسحنون حتّى نُقِلَ قوله: أبيعه وأحجّ بثَمَنه.

انظر: رسالة القيرواني ص ٢١٥، والتّلقين ص ٣٦٠، والاستذكار ٤٣٩/٥، والتّمهيد ١٨٦/١٢-١٩١، والفروق ٢٣٩/٣-٢٤١، ومختصر خليل ص ١٦٩، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٣٠/٢، والتّاج والإكليل ٧٠/٦، ومواهب الجليل ٦٧/٦، والفواكه الدّواني ١٠٢/٢-١٠٣.

ولعلّ الجمع بين مذاهب الفقهاء في بيع الكلاب مُمكن، وذلك بحمل القول بالمنع لأحاديث النّهي عنها وعن أثمانها على ما لَم يُرخَّص فيه، وحمل القول بالجواز على الرّخصة الواردة في الانتفاع به من جهة الحراسة والاصطياد والزّرع للحاجة والضّرورة، وهذا يدلّ على جواز البيع كما في شعر الْخِنْزير، وجواز التّداوي بالْخَمر عند الضّرورة على قولٍ.

=

بَيعُهُ للانتفاع به وإمساكه))[١].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في معالم السّنن: ((وقال قومٌ: ما أبيح اقتناؤه من الكلاب فَبَيعُهُ جَائِزٌ، وما حرم اقتناؤه منها فبيعه مُحرَّمٌ))[٢].

ما جاء في بدائع الصّنائع: ((ما لا يجوز الانتفاع بجلده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالاً فلا يكون محلاً للبيع))[٣].

وفيه: ((كلّ شيءٍ أفسده الحرامُ والغالبُ عليه الحلالُ فلا بأس ببيعه، وما كان الغالبُ عليه الحرامَ لَم يَجُز بيعه ولا هبته...؛ لأنّ الحلال إذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصباحاً ودبغاً... فكان مالاً فيجوز بيعه، وإذا كان الحرام هو الغالب لم يجز الانتفاع به فلم يكن مالاً فلا يجوز بيعه))[٤].

ما جاء في التّلقين: ((فساد البيع يكون بوجوهٍ، منها: ما يرجع إلى

=

فتكون الأحاديث الواردة في النّهي مَخصوصةً بالاستثناء الوارد في أحاديث أخرى، أو بالحاجة، وبالتّالي يقاس على ذلك ما دعت الحاجة مِمّا نُهِي عن اتّخاذه، والله سبحانه وتعالى أعلَم بالصّواب.

قال الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ٥/٤٤٠: ((لأنّ من الكلاب ما أُبيحَ اتِّخاذُهُ، والانتفاع به؛ فذلك جائزٌ بيعه)).

(١) بداية المجتهد ٣/٢٤٠.

(٢) معالم السّنن للخطّابي ٣/٧٥٥، ونسب المنقول إلى عطاء والنّخعيّ، رحمهما الله.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٣٣٦.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٣٣٦-٣٣٧.

المبيع ...، أمّا ما يرجع إلى المبيع فبكونه مِمّا لا يصحّ بيعه، وذلك كبيع الحرّ، والخمر، والخنْزير في حقّ المسلم، وبيع النّجاسات، وما لا منفعة فيه، كخشاش الأرض والكلاب»[١].

ما جاء في الاستذكار: «لم يختلفوا في القرد، والفأر[٢]، وكلّ ما لا منفعة فيه أنّه لا يَجوز بَيعُهُ، ولا شراؤه، وأكل ثَمَنِه»[٣].

ما جاء في التّاج والإكليل: «الكلب المنهي عن اتّخاذه لا يجوز بيعه اتّفاقاً»[٤].

ما جاء في مواهب الجليل: «ما لا يصحّ مِلْكُهُ لا يصحّ بيعُهُ إجماعاً؛ كالحرّ والخمر والخنْزير والقرد والدّم والميتة وما أشبه ذلك»[٥].

ما جاء في المهذّب: «ما لا منفعة فيه لا قيمة له، فَأَخْذُ العوضِ عنه مِن أكل المال بالباطل، وبذل العوض فيه من السّفه»[٦].

ما جاء في المنهاج: «تضمّن هذا الحديث[٧] أنّ ما لا يحلّ أكله

---

(١) التّلقين للقاضي عبد الوهّاب ص ٣٥٩.

(٢) القرد والفأر في عصر الحافظ ابن عبد البر لا منفعة فيهما؛ فلا يجوز بيعهما، لكن في عصرنا اليوم أصبحت منفعةٌ كامنةً فيهما للأغراض الطِّبِّيَّة؛ حيث قيل: إنّ تركيب القرد وتكوينه يتّفق مع تركيب الإنسان فتُجرَى عليه التّجاريب الطِّبِّيَّة، وكذا الفأرة، بل هناك مزارع لها، فما دام وجدت فيهما منفعةٌ فإنّها يَجوز اتّخاذها وبيعها للحاجة الدّاعية إلى ذلك، قياساً على الاستثناء الشّرعي الوارد في كلاب الصّيد والحراسة والحرث، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥/٤٤١.

(٤) التّاج والإكليل للمواق ٦/٧٠.

(٥) مواهب الجليل للحطاب ٦/٦٧.

(٦) المهذّب للشّيرازي ٢/١٧.

(٧) أي: حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢٠٨، =

والانتفاع به لا يجوز بيعه، ولا يحلّ أَكْلُ ثَمَنه»[(١)].

وفيه أيضاً: «وأمّا النّهي عن ثَمن الكلب، وكونه من شرّ الكسب، وكونه خَبيثاً؛فيدلّ على تحريم بيعه،وأنّه لا يصحّ بيعه،ولا يَحلّ ثَمنُهُ»[(٢)].

ما جاء في المنثور: «ما حرم استعماله حرم اتّخاذه»، و«ما حرم على الآخذ أخذه حرم على المعطي إعطاؤه»[(٣)].

ما جاء في فتح الباري: «كلّ ما يُنْتَفَعُ به يصحّ بَيعُهُ، وما لا فـلا»، و«ما أُمرَ بقتله لا يَجوز بيعه»، و«كلّ ما حرم تناولُهُ حرم بيعُهُ»[(٤)].

ما جاء في المغني:«كلّ مَملوكٍ أبيح الانتفاع به يَجوز بيعه إلاّ مـا استثناه الشّرع»[(٥)].

ما جاء في الشّرح الكبير: «قوله: لغير ضرورة، احتـرازٌ مـن الميتـة، والمحرّمات التي تُباحُ في حال المخمصة، والخمر التي يُباحُ دفع اللّقمة بها؛ فكلّ عينٍ مَملوكة يَجوز اقتناؤها والانتفاع بها في غير حال الضّرورة يَجوز بيعُهَـا، إلاّ ما استثناه الشّرع؛ كالكلب...؛ لأنّ الملكَ سَبَبُ إطلاق التّصرُّف، والمنفعةُ المُباحةُ يُباحُ له استيفاؤها؛ فجاز له أَخْذُ عِوَضِهَا، وأُبيع لغيره بَذْلُ مَالِهِ فيهـا تَوَصُّلاً إليها، ودفعاً لِحَاجَته بها؛ كسائر ما أُبيح نَفْعُهُ»[(٦)].

=

كتاب المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخِنْزير والأصنام، برقم: (١٥٨٣).

(١) شرح مسلم للنّووي ١١/١١.

(٢) شرح مسلم للنّووي ٤٧٧/١٠، وانظر: معالم السّنن ٧٥٣/٣.

(٣) المنثور للزّركشي ٢٤٤/٢، و٢٤٥.

(٤) فتح الباري لابن حجر ٤٨٢/٤، و٤٨٣، و٤٨٤-٤٨٥.

(٥) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٣٥٩/٦.

(٦) الشّرح الكبير لشمس الدِّين ابن قدامة المقدسي ٢٣/١١-٢٤.

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: الشّرط الثّالث: كون مبيعٍ، أي: المعقود عليه ثَمَناً أو مُثْمَناً مالاً؛ لأنّ غيره لا يُقَابَلُ به، والمال شرعا: ما يُباحُ نَفْعُهُ مطلقاً، أي: في كلّ الأحوال، ويُباح اقتناؤه بلا حاجة، فخرج ما لا نفع فيه، كالحشرات، وما فيه نفعٌ مُحرَّمٌ، كخمرٍ، وما لا يُباح إلاّ عند الاضطرار، كالميتة، وما لا يُباحُ اقتناؤه إلاّ لحاجة، كالكلب[1].

ما جاء في المحلّى: «ما جاز مِلْكُهُ جاز بيعُهُ إلاّ أن يخصّ شيئاً من ذلك نصٌّ فيوقف عنده»[2].

وفيه: «مسألة: ولا يحلّ بيع شيءٍ مِمَّنْ يُوقِنُ أنّه يعصي الله به أو فيه، وهو مفسوخٌ أبداً»[3].

شرح مفردات القاعدة:

يجوز: مِنْ جَازَ يَجُوزُ جَوَازاً، وهو النّفوذ والْمُضِيُّ على الصّحّة، كما يقال: أجزت العقد؛ أي: جعلتُهُ جائزاً نافذاً[4].

ويطلق عند الفقهاء على عدّة معان[5]:

أحدها: الحلّ والإباحة ورفع الحرجٍ، ولعلّ هذا المعنَى أنسب لِمعنَى الجواز في هذه القاعدة.

الثّاني: ما تَسَاوَى طرفاه، وهو التّخيير بين الفعل والتّرك.

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتِي ١٢٦/٣.

(٢) المحلّى لابن حزم ٥١٥/٧.

(٣) المحلّى لابن حزم ٥٢٢/٧.

(٤) انظر: المفردات ص ١١٠، وأساس البلاغة ص ١٠٤، والنّهاية ٣١٥/١، والمصباح المنير ص ٤٤.

(٥) انظر: النّهاية ٣١٥/١، والمنثور ٢٦٤/١، وتكملة المجموع ٢٥٣/١٦.

الثّالث: الصّحّة، فيقال: صلاةٌ جائزةٌ، أي: صحيحةٌ، وعقدٌ جـــائزٌ، أي: صحيحٌ.

الرّابع: في مقابل اللّزوم، أعنِي: ما ليس بِلازمٍ، وهو في العقـــود، كمـــا يقال: الوكالة والقراض عقدٌ جائزٌ، ويعنِي: أنّ للعاقد فسخَهُ بِكـــلّ حالٍ من غير رضا الآخر.

اتِّخاذُهُ: من الأَخْذِ، وهو: حَوزُ الشّيء وتَحصيلُهُ، ويكون تارةً بالتّناول أو بغيره، كما في قوله -تعالى-: ﴿**قَالَ مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ**﴾[1]، والاتّخاذُ افتعال من الأخذ[2].

بيعه: **البيع** لغة: مطلق المبادلة، وكذلك الشّراء، سواء كانت في مالٍ أم في غيره، فهو: أخذ شيءٍ وإعطاء شيءٍ آخر.

والبيع من الأضداد، يطلق على البيع والشِّراء، ويتعدّى إلى المفعول الثّانِي بنفسه، وبِحرف الجرّ وبِهما، يقال: باعه الشّيءَ، وباعه منه[3].

وشرعاً: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه؛ فمنها: (عقدُ معاوضةٍ على غير منافع ولا مُتْعَة لذّة)[4].

أو هو: (مُبادلةُ عينٍ ماليّةٍ أو منفعةٍ مباحةٍ مطلقاً بإحداهما، أو بِمالٍ في

---

(١) سورة يوسف، الآية: ٧٩.

(٢) انظر: المفردات ص ٢٢، والنّهاية ١/٢٨، والمصباح المنير ص ٣.

(٣) انظر: المفردات ص ٧٧، والنّهاية ١/١٧٣، والمصباح المنير ص ٢٧، وشرح مسلم ١٠/٣٩٣، وأنيس الفقهاء ص ٧٢، ومواهب الجليل ٦/٣-٤.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣/١٣٢، و٤/٣٣٠، و٥٨٣، و٥٩١، وأنيس الفقهـــاء ص ٧١، و٧٢، وعقد الجواهر ٢/٦١٣، وحدود ابن عرفة ١/٣٢٦، ومواهب الجليل ٦/٤-٥، وفتح الباري ٤/٣٣٦.

الذّمّة للملك على التّأبيد غير ربا وقرضٍ)[١].

المعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد ذات أهمية كبيرة في حياة المسلم اليومية؛ لأنّها تدرس عقداً من العقود التي يمارسها يومياً،وهو عقود البياعات؛ لأنّها أكثر العقود وقوعاً، إذ بها يحصل تبادل الملكية، ويحقّق بها المرء مراده،والبيع عقد معاوضة مشروعٌ،ثبتت شرعيتُهُ بالكتاب والسّنة والمعقول.

أمّا الكتاب، فقوله -تعالى-: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[٢]، الآية أصلٌ في جواز البيع، وللعلماء أقوال في هل هي من قبيل العموم الذي لا تخصيص فيه بناء على أنّ الفاسد لا يطلق عليه أنّه بيعٌ إلاّ على سبيل المجاز، أم من قبيل المجمل الذي فُسِّرَ بالمحلَّل من البيع وبالمحرَّم؛ لأنّه يقتضي بظاهره إباحة كلّ بيعٍ، أم من قبيل العموم الذي يدخله التّخصيص، فهو على ظاهره إلاّ ما قام الدّليل على خروجه، وهذا مذهب أكثر الفقهاء،وهو أصحّها؛ لأنّ اللّفظ لفظ عموم يتناول كلّ بيعٍ؛ فيقتضي إباحة الجميع، لكن قد منع الشّارع بيوعاً أخرى وحرّمها، فهو عامٌ في الإباحة مخصوصٌ بما لا يدلّ الدّليلُ على منعه[٣].

وقال الله ﷻ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٤]، والتّجارة هي البيع والشّراء، والأصل فيها المعاوضة، ومنه الأجر الذي

---

(١) انظر: المغني ٥/٦، ومنتهى الإرادات١/٢٤٣، وشرح منتهى الإرادات٣/١٢١، ومعجم لغة الفقهاء ص٩٣.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٣/٣٣٩، ومواهب الجليل ٦/٥، وفتح الباري ٤/٣٣٦.

(٤) سورة النّساء، الآية: ٢٩.

يعطيه البارئ سبحانه وتعالى العبد عِوَضاً عن الأعمال الصّالحة التي هي بعضٌ مِنْ فعله(١).

وأمّا السّنة؛ فلأنّه ﷺ قد باع واشترى مباشرةً وتوكيلاً، وأقرّ أصحابه على عقد بيعٍ وشراء، من ذلك حديث شراء النَّبيّ ﷺ ثوبين من اليهودي إلى الميسرة(٢)، وناقة أبي بكرٍ الصِّدِّيق في حديث الهجرة(٣)، وجمل جابر(٤) -رضي الله عنهما-، وأمره وتقريره ﷺ لشراء عائشة بريرة- رضي الله عنهما-(٥).

وأجمع المسلمون على جوازه وعلى إباحته، وممارسته في الجملة(٦).

وأمّا المعقول؛ فلأنّ حكمة مشروعيته الرِّفق بالعباد والتّعاون على حصول المعاش تقتضيه؛ لأنّ حاجة الإنسان تتعلّق بالأعواض والسّلع والطّعام والشّراب الذي في يد صاحبه غالباً، وصاحبه قد لا يبذله له مَجّاناً، ففي تشريع البيع والشّراء وسيلةٌ إلى بلوغ الغرض من غير حرجٍ؛ فإنّ ما جُبِلَت عليه الطّباع من الشّحّ والضّنة وحبّ المال يَمنعهم من إخراجه من غير عوضٍ؛ فاحتاجوا إلى المعاوضة(٧).

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٤٥/٥.

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٦]، الدّليل السّادس للظّاهرية.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٩]، الدّليل (٢) للمذهب (١) في مسألة قبض المنقول.

(٤) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٨]، من أدلّة فقهاء الأمصار.

(٥) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٨]، من أدلّة فقهاء الأمصار.

(٦) انظر: أنيس الفقهاء ص ٧٢، ومواهب الجليل ٤/٦، والمهذّب ٣/٢، والمجموع ١٠٤/٩، وفتح الباري ٣٣٦/٤، والمغني ٧/٦.

(٧) انظر: أنيس الفقهاء ص ٧٢، ومواهب الجليل ١١/٦، وفتح الباري ٣٣٦/٤، والمغني ٧/٦، و٣٦٠.

وباب البيع ممّا يتعيّن الاهتمام بمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه؛ إذ لا يخلو مُكَلَّفٌ غالبَاً من بيعٍ أو شراء؛ فيجب أن يعلم حكم الله في ذلك قبل التّلبّس به، وقد قال بعض الفقهاء[١]: إنّ البيع والنّكاح عقدان يتعلّق بهما قوام العالم؛ لأنّ الله سبحانه خلق الإنسان محتاجاً إلى الغذاء ومفتقراً إلى النِّساء، وخلق له ما في الأرض جميعاً، ولم يتركه سدى يتصرّف كيف شاء؛ فيجب على كلّ واحد أن يتعلّم منه ما يحتاج إليه.

والقاعدة تبحث في المبيعات، ما جاز بيعه وما لَم يَجُزْ، والمبيعات أصنافٌ متباينةٌ، وأجناسٌ متفاوتةٌ، تختلف بعدّة اعتبارات، منها باعتبار ما يَجوز بيعه وما لا يجوز، فتُبَيِّن أنّ الأصل في ذلك: أنّ ماً لا يَجوز اتّخاذُهُ لا يَجوز بيعه، ويعني ذلك: أنّ ما لا يُباحُ نَفعُهُ مطلقاً، أي: في كلّ الأحوال، ولا يُشْرَعُ اقتناؤه ولا حيازته؛ لا يَجوز بيعُهُ من غير حاجةٍ؛ لأنّه لا يكون مَالاً مُتَمَوَّلاً مَملوكاً، وعكسه ليس على إطلاقه؛ إذ ليس كلّ ما جاز اقتناؤه شرعاً جاز بيعه؛ لوجود أسباب، وشروطٍ وموانعَ تَجب مراعاتها، وأمّا ثَمَنُ كلّ ما أبيح اتّخاذه، والانتفاع به، وفيه منفعةٌ فجائزٌ في الجملة[٢].

تحريم اقتناء عينٍ واتّخاذها يرجع إلى عدّة أسباب منها:

- عدم مالية العين، أعني كونه ليس بمالٍ، ولا مُتَمَوَّل، ولا يؤول إلى مال؛ لأنّ كون العين المراد بيعها مالاً شرطٌ لجواز البيع عند الفقهاء، لذلك أجمع المسلمون على عدم جواز بيع الحرّ[٣].

---

(١) كالقاضي الزّنجاني، انظر: مواهب الجليل ٦/٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٢٦، والتّمهيد ١٢/١٩٠، ومواهب الجليل ٦/٥٨-٧٠، وفتح الباري ٤/٤٨٢، والمغني ٦/٣٥٩، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٠، و٣٣٢، و٣٣٧، والفروق ٣/٢٤٠، ومختصر خليل =

والمال في اصطلاح الفقهاء هو ما يُباحُ نَفعُهُ مطلقاً، واقتناؤه بلا حاجة؛ فَيخرج بذلك:ما لا نفع فيه؛كالحشرات،وما فيه نفعٌ مُحرَّمٌ؛كَخَمْرٍ،وما لا يُباحُ إلاّ عندالاضطرار؛كالميتة،ومالايُباحُ اقتناؤه إلاّلحاجة؛ كالكلب، فهذه كلّها ليست بمالٍ فلا يَجوز اتّخاذها ولا بيعها إلاّ لحاجةٍ[1].

●نَجاسة العين؛ إذ لا خلاف بين أهل العلم في اشتراط الطّهارة لما أُريد بيعه، وفي عدم جواز اقتناء الأعيان النّجسة، سواء نَجَسُ عينٍ أو مُتَنَجِّسَةٌ[2].

●كون العين مُحَرَّمةَ الذّات، أو حلالاً وأفسده الحرام وكان الغالب عليه الحرام؛ لأنّ المحرَّم لا يثبت الْملكُ فيه؛ لأنّه ليس مَحلاّ له، ومن شروط المبيع كونه مالاً مَمْلوكاً؛ لأنّ البيع تَمليكٌ؛ فلا ينعقد فيما ليس بِمَملوكٍ، ولأنّ محرَّم الذّات لا يجوز الانتفاع به شرعاً إلاّ للضّرورة، وما أُبيح للضّرورة لا يدلّ على إباحة الانتفاع به، ولا على إباحة بيعه

=

ص ١٦٩، وإجماع ابن المنذر ص ٥٢، ف (٤٦٨)، والمهذّب ٢/١٥، و١٧، و١٨، و١٩، والمجموع ٩/١٦٤، و١٦٧، و١٧٣، و١٧٩، والمغني ٦/٣٥٩، والمقنع والشّرح الكبير ١١/٢٣، و٤٨، ومنتهى الإرادات ١/٢٤٤، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٦، وفتح الباري ٤/٤٨٧-٤٨٨، والمحلّى ٧/٥٠٣.

(١) انظر:بدائع الصّنائع٤/٣٣٦،والهداية٣/٢٥،و٤٢،و٥٠-٥١،وعقدالجواهر٣/٨٦٦، والمقنع١١/٢٣، ومنتهى الإرادات ١/٢٤٤، وشرح منتهى الإرادات٣/١٢٦.

(٢) انظر:بدائع الصّنائع٤/٣٣٣-٣٣٤،و٣٣٦، وأنيس الفقهاء ص٧٢،والمدوّنة ٣/١٩٨-١٩٩، والتّلقين ص ٣٦٠،وعقدالجواهر٢/٦١٨، والفروق ٣/٢٣٩، والقوانين الفقهية ص١٦٣، وشرح حدود ابن عرفة ١/٣٣٣،ومواهب الجليل ٦/٥٨-٥٩،و٦٧،والمهذّب٢/١٥،والمجموع٩/١٦٤،والمغني٦/٣٥-٣٦١،وشرح منتهى الإرادات٣/١٢٨،ومعالم السّنن٣/٧٥٦،وفتح الباري٤/٤٨٥، و٤٩٦.

أصالةً، ولأنّه لم تقم الحاجة إلى شرع البيع ولا ينعقد، لعدم المحلّية؛ لأنّ المحرّم معدومٌ شرعاً، فيكون كالمعدوم حِسّاً[١].

● كون العين محرّمةَ الانتفاعِ بها شرعاً على الإطلاق إلاّ لضرورة، وما كان مُحَرَّمَ الانتفاع به شرعاً إلاّ لضرورة لا يكون مالاً كالخمر والخنْزير، واشتراط كون المبيع منتفعاً به شرعاً لتصحّ مقابلة الثّمن له محلّ الاتّفاق بين أهل العلم؛ فلا يصحّ بيع ما لا منفعة فيه؛ لأنّه من أكل المال بالباطل، بل لا يصحّ تَمَلُّكُه[٢]، وإذا تقرّر اشتراط المنفعة؛ فيكفي مُجرّد وجودها وإن قَلَّتْ، ولا تُشتَرَطُ كثرةُ القيمة فيها، ولا عزّة الوجود، بل يصحّ بيع الماء والتّراب والحجارة لتحقّق المنفعة، وإن كثر وجودها وقلّت قيمتها، ويجوز بيع لبن الآدميّات؛ لأنّه طاهر منتفع به[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٠/٤، و٣٣٣، و٣٣٥-٣٣٩، والتّلقين ص ٣٦٠، وعقد الجواهر ٦٢٠/٢، والفروق ٢٤٠/٣، ومواهب الجليل ٥٩/٦، والمهذّب ١٥/٢-١٦، و١٧، و١٩، والمجموع ١٦٤/٩، و١٦٩-١٧٣، و١٧٩، وروضة الطّالبين ٣٥٠/٣، والمغني ٣٥٤/٦، و٣٦٠، وشرح منتهى الإرادات ١٢٦/٣، ومعالم السّنن ٧٥٥/٣، وفتح الباري ٤٨٤/٤-٤٨٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٨/٤، والرّسالة ص ٢١٥، والتّلقين ص ٣٦٠، والاستذكار ٤٤١/٥، والفروق ٢٤٠/٣، وعقد الجواهر ٦٢٠/٢، والقوانين الفقهية ص ١٦٣، ومواهب الجليل ٦٤/٦، والمهذّب ١٥/٢، و١٧، و١٩، والمجموع ١٦٤/٩، و١٧٣، و١٧٩، والمنثور ٢٤٤/٢، والمغني ٣٥٨/٦، و٣٦٠، والمقنع والشّرح الكبير ٤٢/١١، وشرح منتهى الإرادات ١٢٦/٣، وفتح الباري ٤٨٢/٤، و٤٨٥، و٤٩٧.

(٣) وبجواز بيع لبنها قال المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية، ومنع الحنفية من ذلك، ونسبه ابن قدامة في المغني للمالكية، و لم أقف على مَنْ منعه من المالكية فيما اطّلعت عليه من كتبهم المعتمدة.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٧/٤-٣٣٨، وبداية المجتهد ٢٤٣/٣، وعقد الجواهر ٦٢١/٢، والفروق ٢٤١/٣، ومواهب الجليل ٦٦/٦، والمجموع ١٧٣/٩، ومختصر الخرقي والمغني ٣٥٩/٦-٣٦١، و٣٦٣، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٤/١١،
=

● كون ثَمنه مُحرَّم الاقتناء، وما حرم اقتناؤه حرم ثَمَنُهُ، كما في ثَمن البغي والكلابَ والقرد[١]، لقوله ﷺ: «ثَمَنُ الكلاب خَبيثٌ»[٢]، وظاهر النّهي تحريم بيعه، وهو عامٌ في كلّ كلب، مُعَلَّماً كان أو غيره، ممّا أبيح اقتناؤه أو لا يباح، لأنّ ما أُمرَ بقتله معدومٌ وجودُهُ شرعاً، ولأنّ الشّرع توعَّد على اقتنائه وحرَّمه إلاّ في الحاجة، فصارت إباحته ثابتةً بطريق الضّرورة، بخلاف غيره، ولو كانت الكلابُ ممّا يجوز تَمَوُّلُهُ، وملْكُهُ، والانتفاع به، لم يأمر رسول الله ﷺ بقتلها[٣]؛ لأنَّ في ذلك إضاعةَ الأَموال وتلفها بلا سبب، وهذا لا يجوز أن يضاف إليه ﷺ[٤].

=

و٣٨-٣٩، وشرح منتهى الإرادات ١٢٧/٣، والمحلّى ٤٨٨/٧، و٤٩٠، و٥٢٤.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٠/٤، و٣٣٣، و٣٣٥-٣٣٩، والرّسالة ص ٢١٥، والتّلقين ص ٣٦٠، والتّمهيد ١٨٥/١٢، و١٨٧، والفروق ٢٤٠/٣، وشرحي ابن ناجي وزروق ١٣٠/٢، ومواهب الجليل ٦٧/٦، والمهذّب ١٥/٢-١٩، والمجموع ١٦٤/٩-١٧٩، وشرح مسلم ١١/١١، والمغني ٣٦١/٦، وشرح منتهى الإرادات ١٢٧/٣.

(٢) تقدّم تخريجه أوّل هذه القاعدة.

(٣) كما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أخرجه البخاري في صحيحه ٤١٤/٦، كتاب بدء الخلق، باب إذا وقع الذّبابُ في شراب أحدكم...، برقم: (٣٣٢٣)، ومسلم في صحيحه ١٢٠٠/٣، كتاب المساقاة، باب الأمر بقتل الكلب...، برقم: (١٥٧٠).
وفي رواية عند مسلم: «أنّ رسول الله ﷺ أمر بقتل الكلاب، إلاّ كلب صيد، أو كلب غنم، أو ماشية، فقيل لابن عمر: إنّ أبا هريرة يقول: أو كلب زرعٍ، فقال ابن عمر: إنّ لأبي هريرةً زرعاً»، الموضع السّابق، برقم: (١٥٧١).
أمّا كلام ابن عمر: «إنّ لأبي هريرة زرعاً»، فليس يعني توهيناً لروايته، وإنّما المعنَى تقوية ذلك، وتعليلٌ له، أنّه لَما كان صاحبَ زرعٍ وحرثٍ اعتنَى بذلك وحفظه وأتقنه، والعادة أنّ الْمُبْتَلَى بشيءٍ يُتْقِنُهُ ما لا يُتْقِنُه غيره، ويتعرّف من أحكامه ما لا يعرف غيره. انظر: شرح مسلم ٤٨٠/١٠.

(٤) انظر: معالم السّنن ٧٥٣/٣، والتّمهيد ١٨٧/١٢، و١٩١، والاستذكار ٤٣٩/٥،
=

هذه مجمل أسباب منع اقتناء عينٍ واتِّخاذها شرعاً؛ فَمَتَى وُجِدَ شيءٌ منها امتنع إباحة الاقتناء والاتِّخاذ إلاّ ما دلّ الدّليل على استثنائها، أو دعت إليها الحاجة العامّة أو الخاصّة؛ ككلب الصّيد، والحراسة، والحرث.

قال في المنهاج: وأمّا اقتناء الكلاب؛ فَمذهبنا: أنّه يَحرُم اقتناء الكلب بغير حاجة، ويجوز اقتناؤه للصّيد، وللزّرع، وللماشية، وهل يجوز لحفظ الدّور والدّروب ونحوها؟ فيه وجهان، وأصحّهما: يَجوز قياساً على الثّلاثة عملاً بالعلّة المفهومة من الأحاديث، وهي الحاجة[1].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة لا خلاف بين أهل العلم في القول والأخذ بها، والعمل بمفادها، وأنّ ما حَرُم اتّخاذه واقتناؤه حرم بيعه، وما حرم ثَمَنُهُ حرم عينه إلاّ لحاجة.

قال في معالم السّنن: «نَهيه ﷺ عن ثَمن الكلب يدلّ على فساد بيعه؛ لأنّ العقد إذا صحّ كان دفع الثّمن واجباً مأموراً به، لا مَنْهيّاً عنه، فدلّ نَهيه عنه على سقوط وجوبه، وإذا بطل الثّمن بطل البيع؛ لأنّ البيع إنّما هو عقدٌ على شيءٍ بِثَمنٍ معلومٍ، وإذا بطل الثّمن بطل الْمُثمن»[2].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها بِما تقدّم من الأدلة في ثنايا

=

وشرح مسلم ١٠/٤٧٩، وفتح الباري ٤/٤٨٣، و٤٩٧-٤٩٩، والمغني ٦/٣٦٠.

(١) انظر: شرح مسلم للنّووي ١٠/٤٨٠.

(٢) معالم السّنن للخطابي ٣/٧٥٣.

دراستها، بالإضافة إلى:

١-قوله ﷺ : ((يا أيّها النّاس! إنّ الله تعالى يُعَرِّض بالْخمْرِ، ولَعَلَّ الله سَيُنْزِلُ فيها أمراً، فَمَنْ كان عنده منْهَا شيءٌ فَلْيَبعْهُ ولْيَنْتَفعْ به))، قال: فما لَبِثْنا إلاّ يسيراً حتّى قال النّبيُّ ﷺ: ((إنّ الله تَعالَى حَرَّمَ الْخَمْرَ، فَمَنْ أَدْرَكَتْهُ هذه الآية وعِنْدَهُ منْها شَيءٌ فلا يَشْرَب ولايَبعْ))، قال: فاستقبل النّاسُ بما كان عِنْدَهُ منها في طريق المدينة، فَسَفَكُوها[1].

حيث دلّ الحديث على تحريم بيع الخمر، وهو مجمعٌ عليه، وعلى تحريم تخليلها، ووجوب المبادرة إلى إراقتها والتّخلّص منها، وتحريم إمساكها، ولو جاز التّخليل لَبيَّنه النّبيّ ﷺ لهم، ونهاهم عن إضاعتها كما نصحهم، ولَحَثَّهم على الانتفاع بها قبل تحريمها حين توقّع نزول تحريمها.

وقيل العلّة في ذلك كونها نَجَس العين، أو لعدم منفعة مباحة مقصودة أصالةً، ويُلحَق بها جميع النّجاسات، وكذلك يُلحَقُ بها ما ليس فيه منفعةٌ مباحةٌ مقصودةٌ مطلقاً، وما لا يُباحُ اقتناؤه إلاّ لِحاجةٍ؛ كالسّباع التي لا تصلح للاصطياد، والحشرات، والحبّة الواحدة من الحنطة، وبعض العصافير التي لو جمع منها مائة لم يتحصّل منها هللةٌ[2] كافيةٌ للحمٍ[3].

من تطبيقات القاعدة:

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢٠٥، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر، برقم: (١٥٧٨).

(٢) هللة، وحدةٌ من وحدات الرّيال السّعودي، ومائة هللة تساوي ريالاً واحداً.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٦/٦٤، والمجموع ٩/١٧٤، وشرح مسلم ١١/٦، و١٠، وفتح الباري ٤/٤٩٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٦.

١-أنّ أعضاء الإنسان لا يجوز اتّخاذها ولا اقتناؤها من غير حاجة، بناء على ذلك لا يجوز بيع شيءٍ من عضوه، لا عظمه، ولا شعره، ولا غيره إلاّ لحاجة، وليس المنع لنجاسته؛ لأنّ الصّحيح أنّه طاهرٌ، لكن احتراماً لبني آدم لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾[١]، والابتذال بالبيع والشّراء يشعر بالإهانة، وسواء في ذلك كونه حيّاً أم ميّتاً[٢]؛ لعموم قوله ﷺ في حديث عائشة -رضي الله عنها-: «كَسر عَظْمِ الْمُسْلِمِ مَيْتاً، ككسره وهو حيٌّ»[٣]، تعنِي: في الإثم؛ فأفاد الحديث أنّ حرمة المؤمن بعد موته باقيةٌ كما كانت في حياته، وأنّ كسر عظامه يحرم، دلّ على حرمة أعضائه حيّاً وميتاً، ولأنّ الآدمي بِجميع أجزائه مُحْتَرَمٌ مُكَرَّمٌ، وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشّراء[٤].

٢-لا يجوز بيع الحرّ ولا ينعقد إِنْ وقع؛ لأنّه ليس بمالٍ؛ فلا يجوز اتّخاذه، وكذا بيع أم الولد[٥]؛ لأنّها حرةٌ من وجهٍ[٦].

---

(١) سورة الإسراء، الآية: ٧٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٣/٤.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [١]، فقرة من أدلّة القاعدة.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٨/٤، والمنتقى ٥٢٥/٢، وفتح الباري ١٥/٩.

(٥) أمّ الولد، هي الأمة التِي حملت من سيِّدها، وأتت بولدٍ.
انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٦٨.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٠/٤، ومواهب الجليل ٦٧/٦، والمهذّب ١٨/٢، وفتح الباري ٤٨٧/٤-٤٨٨، والمحلّى ٥٠٣/٧.

٣-لا يجوز بيع الميتة بلا خلاف إلاّ لِحاجة، وكـذا مـا في حكمها؛ كذبيحة المجنون والصّبيّ الذي لا يعقل؛ لأنّها في معنَى الميتة،وكذا ما ذبح من صيد الحرم مُحرِماً كان الذّابح أو حلالاً، وما ذبحه الْمُحْرِمُ من الصّيد، سواء كان صيد الحرم أم الحلّ؛ لأنّ ذلك ميتةٌ؛ لعدم جواز اتّخاذه في تلك الحال، ولتحريم الانتفاع به شرعاً، ولأنّه أصبح ميتةً؛ فانتفت عنه المالية(١).

٤-الْمُحْرِم مَمنوعٌ من اتّخاذ الصّيد واقتنائه حال إحرامه؛ فلا ينعقد بيع صيده، سواء صاده في الحرم أم في الحلّ، لأنّه مُحَرَّمٌ الانتفاع بـه في حقّه فلا يكون مالاً، ويدخل في التّحريم بيع وكيل الْمُحرِم للصّيد، كما لو وكّل مُحرِمٌ حلالاً ببيع صيد، لأنّ الْملك مضافٌ إلى الْمُحْرِمِ الْمُوَكّلِ، وهو البائع معنًى وحقيقةً؛ لأنّ حكم البيع يقع له، والمحرِمُ مَمْنوعٌ عن الصّيد تمليكاً وتَمَلُّكاً(٢).

---

(١) انظر:بدائع الصّنائع٤/٣٣١-٣٣٢،والمدوّنة٣/١٩٩، ومواهب الجليل ٦/٦٧، وفتح الباري ٤/٤٩٧، والمغني ٦/٣٥٨، و٣٦٣، وقواعد ابن رجب ص ١٩٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٨، والمحلّى ٧/٤٩٠، و٥٢٥.

(٢) وفرّق أبو حنيفة بين بيعه أصالةً أو بنيابة، فقال بجوازه بالوكالة، خلافاً لصاحبيه. تعليل أبي حنيفة: أنّ البائع في الحقيقة هوَ الوكيل؛ لأنّ بيعه كلامه القائم به حقيقةً، ولهذا ترجع حقوق العقد إليه، إلاّ أنّ الْمُوكّل يقوم مقامه شرعاً في الحكم نفسه، مع اقتصار التّصرّف نفسه على مباشرته حقيقةً، والْمُحْرِم من أهل ثبوت الْمِلك له في الصّيد حكماً لا يَتملّكه حقيقةً.
ولعلّ القول بمنعه هو الصّحيح في نظري؛ لما ذكرته.
انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣١-٣٣٢، وفتح الباري ٤/٤٨٥.

٥-أنّ الكلب لا يجوز اتّخاذه ولا اقتناؤه شرعاً لغير حاجة؛ فلا يجوز بيعه إلاّ ما استثناه الشّرع أو دعت الحاجة عامّةً كانت أو خاصّةً إلى ذلك، أمّا الحاجّة العامّة؛ فكالدّولة تحتاج إلى الكلاب للأغراض الأمنية، وكذلك الحاجة الخاصّة؛ كاحتياج الأفراد إليه للصّيد، أو الحراسة، أو الحرث[1].

٦-أنّ القرد والفأرة لم تظهر لَهما منفعةٌ في قديم الزّمان، فأفتوا بمنع اتّخاذهما ومنع اقتنائهما؛ فلا يجوز بيعهما ولا ينعقد، ولا ملكهما؛ لأنّه غير منتفع به؛ فلا يكون مالاً كالخنْزير[2]، أمّا في عصرنا اليوم فقد أصبحت منفعتهما ظاهرةً للأغراض الطّبّيّة؛ حيث تُجرَى عليهما التّجاريب الطّبّيّة، بل هناك مزارع للفيران، فما دام وجدت فيهما منفعةٌ؛ فإنّه يَجوز اتّخاذهما وبيعهما للحاجة الدّاعية إلى ذلك، قياساً على الاستثناء الشّرعي الوارد في كلاب الصّيد والحراسة والحرث، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

---

(١) وقد تقدّم ذكر مذاهب الفقهاء في هذه المسألة في مطلع القاعدة؛ لأنها مناسبة ذكرها.

(٢) وهناك روايةٌ عن أبي حنيفة بجواز بيع القرد، وهو مذهب الشّافعية، وقولٌ للحنابلة؛ لأنّه وإن لم يكن منتفعاً به بذاته إلاّ أنّه يمكن الانتفاع بجلده، وعدم الجواز هو الصّحيح؛ لأنّه لا يشترى للانتفاع بجلده عادةً بل للهو به، وهو حرامٌ؛ فكان هذا بيع الحرام للحرام وأنّه لا يجوز.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٥/٤، والاستذكار ٤٤١/٥، وشرح زروق ١٣٠/٢، والمجموع ١٧٤/٩، والمنثور ٢٤٤/٢، والمغني ٣٦١/٦، والمحلّى ٤٩٠/٧.

٧-أنّ العذرة الخالصة[١] لا يُباح الانتفاع بها شرعاً بحالٍ، ولا تكون مالاً؛ فلا يجوز بيعها، إلاّ إذا كان مخلوطاً بالتّراب والتّراب غالبٌ؛ فيجوز؛ لأنّه يجوز الانتفاع به[٢].

٨-أنّ ما أكله السّبع غير مذكّاة ميتةٌ؛ فلا يجوز اتّخاذه ولا اقتناؤه، فلا يجوز بيعه لغير حاجةٍ؛ لأنّه لا يباح الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالاً؛ فيلحق بالنّجَس[٣].

٩-أنّ الْخِنْزير وما تفرّع منه من الجلود والعظام وغيرها لا يَجوز اتّخاذه ولا اقتناؤه، فلا ينعقد بيعه ولا بيع جلده كيفما كان؛ لأنّه نَجَس العين بِجميع أجزائه، وقيل: إنّ جلده لا يحتمل الدّباغ؛ لأنّه مُحرَّمُ العين حَيّاً وميتاً، ولأنّ الذّكاة وهي أقوى في التّطهير لم تعمل في لَحمه ولا في جلده، فكذا الدّباغ[٤].

---

(١) المراد: رجيع بني آدم، وأمّا رجيع الحيوان مأكول اللّحم؛ كبعر الغنم والإبل وختي البقر فلا بأس به عند المالكية، والحنابلة، ومنع بيعه الشّافعية.
عيون المسائل ص ٧٦، وبدائع الصّنائع١/١٩٦، و٤/٣٣٦، والمدوّنة ٣/١٩٨-١٩٩، وعقد الجواهر ٢/٦١٨-٦١٩، وجامع الأمّهات ص ٣٣٧، ومواهب الجليل ٦/٥٩-٦١، و١٥٥، و١٧٢، والمهذّب ١/١٦١-١٦٥، و٢/١٥، والمجموع ٩/١٦٤، و١٦٧، و١٦٩-١٧٠، والمغني ٦/٣٥٨، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٤٨، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٨.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) وروي عن أبي حنيفة أنّه يجوز بيعه إذا ذُبِحَ؛ لأنّه صار طاهراً بالذّبح. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٢.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٣، والاستذكار ٤/٣٠٥، ومواهب الجليل ٦/٦٢، والمجموع ٩/١٦٩، والمنثور ٢/٢٤٤، والشّرح الكبير ١١/٤٢، والمحلّى ٧/٤٩٠.

١٠-أنّ عظام الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفّها وظلفها وحافرها، لا يجوز اتّخاذه؛ لأنّها نَجسةٌ، قبل الدِّباغ؛ فلا ينعقد بيعها؛لعموم قوله -تعالى-: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾[1]، وهذه أجزاء الميتة فتكون حراماً فلا يجوز بيعها إلاّ لحاجة[2].

١١-الأعيان المذكورة في قوله -تعالى-: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ﴾[3].

فهذه الأعيان: الميتة: ما فارقت الحياة من غير ذكاة شرعيّة، تحرم لضررها، والدّم: المفسوح، ولَحم الْخنْزير: شاملٌ لجميع أجزائه، والْمُنْخَنقة: الْميتةُ خنقاً، والْمَوقوذة: المَقتولة ضرباً، والْمُتردِّية: السّاقطة من علوٍّ إلى أسفل فماتت، والنّطيحة: المقتولة بنطح أخرى لها، وما أَكَلَ السَّبُعُ: ما أكله ذئبٌ، أو أسدٌ، أو نَمرٌ، أو من الطّيور التي تفترس الصّيود؛ فإنّها إذا ماتت بسبب أكل السّبع لا تَحلّ، إلاّ ما ذكّيتم: راجع لهذه المسائل كلّها، إذا ذُكّيت وفيها حياةٌ مستقرّةٌ، والنّصب: جمع نصابٍ، وهي الأصنام، ذلك فِسْقٌ: أي: خروجٌ عن الطّاعة، أي: استحلال جميع المحرّمات السّابقة؛ فلا يجوز اتّخاذها شرعاً، فلا يجوز بيعها ولا ينعقد من

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٣.

(٢) وقالت الحنفية بجواز ذلك كله.

انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٣/٤، والمدوّنة ١٩٩/٣، وعقد الجواهر ٦٢٠/٢، ومواهب الجليل ٦١/٦، والمجموع ١٦٨/٩، والمحلّى ٤٩٠/٧، و٥٢٥.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٣.

غير حاجة، لعدم ماليتها، ولنجاستها، وعدم إباحة الانتفاع بها شرعاً[١].

١٢- أنّ الحية والعقرب وجميع هوامّ الأرض؛ كالوزغة والسّلحفاة والقنفذ ونحو ذلك لا يجوز اتّخاذها ولا اقتناؤها شرعاً، إلاّ لحاجة؛ لأنّها محرَّمة الانتفاع بها شرعاً لكونها من الخبائث، فلم تكن مالاً فلم يجز بيعها[٢].

١٣- السّمّ إنْ كان جميع منافعه مُحرَّمةً، فلا يجوز اتّخاذه واقتناؤه، ولا يجوز بيعه ولا ملكه على حالٍ، وإنْ انتُفِعَ به، وأمكن التّداوي بيسيره جاز؛ لأنّه طاهر[٣].

١٤- أنّ الأصنام والصّور المنحوتة على قدر البشر، والصّلبان التي تعظمها النّصارى، لا يجوز اتّخاذه، ويحرم نحته وصنعته، فلا يجوز بيعه، لأنّه لا ينتفع بها شرعاً، ولأنّ ما حرم أخذه حرم ثَمنه[٤].

١٥- لا يجوز بيع النّرد؛ لتحريم الانتفاع به شرعاً، وهو محرّم فملكها حرام، وبيعها حرام[٥].

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٤٦/٦-٥٩، وتفسير الجلالين ص ١٠٧، وتفسير السّعدي ص ٢٢٠، والمجموع ١٦٤/٩، وروضة الطّالبين ٢٧١/٣، وفتح الباري ٤٩٩/٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٥/٤.

(٣) قال سحنون: والنّاس مجمعون على تحريمه. انظر: مواهب الجليل ٦٦/٦، و٦٨، والمغني ٣٦٣/٦.

(٤) انظر: شرح ابن ناجي ١٣٠/٢، ومعالم السّنن ٧٥٣/٣، و٧٥٧، وفتح الباري ٤٨٣/٤، و٤٨٤-٤٨٦، و٤٩٧، والمحلّى ٤٩٠/٧، و٥١٥-٥١٧.

(٥) والصّحيح عند الحنفية جواز بيعه؛ لأنّه منتفعٌ به شرعاً من وجه آخر؛ بأنْ يجعل صنجات الميزان؛ فكان مالاً من هذا الوجه؛ فكان محلاً للبيع والشّراء مضموناً بالإتلاف.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٧/٤، والمحلّى ٥١٣/٧.

١٦-أنّ جلود السّبع المذَكّى والحمار والبغل المدبوغة يجوز اتّخاذها شرعاً؛ فيجوز بيعها؛ لأنّها مباحة الانتفاع بها شرعاً فكانت مالاً، وإنْ لم تكن مدبوغةً، فلا ينعقد بيعها؛ لأنّ رطوبة الميتة تبقى فيها والحال هذه، فكان حكمها حكم الميتة[1].

١٧-أنّ الفيل يجوز اتّخاذه شرعاً؛ لأنّه منتفعٌ به حقيقةً مباحُ الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالاً[2].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٢-٣٣٣، وجامع الأمّهات ص٣٣٨، والمجموع ٩/١٧٤، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٦، والمحلّى ٧/٤٩٠، وانظر: شرح مسلم ١١/٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٥، والمدوّنة ٣/١٩٩، ومواهب الجليل ٦/٦١، والمجموع ٩/١٦٧.

المبحث الرّابع: القاعدة الرّابعة والأربعون [٤٤]

[ما جَازَ بَيعُهُ جَازَت هِبَتُهُ، وَمَا لَم يَجُزْ بَيعُهُ لَم تَجُز هِبَتُهُ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن المسائل المختلف فيها في باب الهبات؛ مُبَيِّناً بها مجمل مذهب الشّافعية؛ حيث قال: «ولا خلاف في المذهب -المالكي- في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقّع الوجود، وبالجملة كلّ ما لا يصحّ بيعه في الشّرع من جهة الغرر[١].

وقال الشّافعي: **ما جاز بيعُهُ جَازَتْ هِبَتُهُ؛ كالدَّين، ومَا لَمْ يَجُزْ بَيعُهُ لَمْ تَجُزْ هِبَتُهُ[٢]**»[٣].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد مفادها في كتب أهل العلم، منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «كلّ شيءٍ أفسده الحرامُ والغالبُ عليه الحلالُ فلا بأس ببيعه، وما كان الغالبُ عليه الحرامَ لَم يجز بيعه ولا هبته»[٤].

---

(١) انظر: عقد الجواهر ٩٧٩/٣، وجامع الأمّهات ص ٤٥٤، والفروق ٢٣٩/٣-٢٤٥، والقوانين الفقهية ص٢٤١.

(٢) فلا تجوز هبة المجهول، ولا المعدوم. وبه قال الحنفية، والحنابلة، والظّاهرية.
انظر: مختصر القدوري ص ١٢٤، وبدائع الصّنائع ١٦٩/٥، وعقد الجواهر ٩٧٩/٣، والمهذّب ٥٣٦/٢، وتكملة المجموع ٢٥٣/١٦، وشرح منتهى الإرادات ٣٩٠/٤، والمحلّى ٥٦/٨.

(٣) بداية المجتهد ١٦٢/٤.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٣٦/٤.

وفيه -أيضاً-: ((ومنها: -من الشّروط الرّاجعة إلى الموهـوب- أنْ يكون مَالاً متقوّماً؛ فلا تجوز هبة ما ليس بِمال أصلاً؛ كـالحرّ والميتـة، والدّم، وصيد الحرم والإحرام والْخنْزير، وغير ذَلك على مـا ذكرنـا في البيوع[1]، ولا هبة ما ليس بِمال مطلقاً؛ كـأم الولد،والمـدبَّر المطلـق، والمكاتَب، لكونهم أحراراً من وجه، ولهذا لم يجز بيع هؤلاء، ولا هبة مـا ليس بِمتقوّم؛ كالخمر، ولهذا لم يجزْ بيعها))[2].

ما جاءَ في الاستذكار: ((القياس أنّ كلّ ما يَجوزُ بَيعُهُ، والبدلُ منه، والمعاوضةُ عليه جَازَت هِبَتُهُ))[3].

ما جاء في مواهب الجليل: ((ما لا يصـحّ مِلْكُـهُ لا يصـحّ بيعـه إجماعاً))[4]، فلا تجوز هِبَتُهُ.

ما جاء في المهذَّب: ((فصل: وما جاز بيعه من الأعيان، جاز هِبَتُهُ؛ لأنّه عقدٌ يقصد به مِلْكُ العين، فَمُلِكَ به ما يُمْلَكُ بالبيع،وما جازت هِبَتُهُ جازت هِبَةُ جُزءٍ منه مشاعٍ))[5].

ما جاء في المنثور: ((ما جاز بيعه جازت هِبَتُهُ وما لا فلا إلاّ في صورٍ))[6].

ما جاء في الشّرح الكبير: ((مسألة: وتصحّ هِبَة كلّ مَا يجوز بيعُـهُ؛ لأنّه تَمْليكٌ في الحياة فصحّ كالبيع))[7].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٠.
(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/١٦٩.
(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٤/٤٠٩.
(٤) مواهب الجليل للحطاب ٦/٦٧.
(٥) المهذّب للشّيرازي ٢/٥٣٦.
(٦) المنثور للزّركشي ٢/٢٤٣.
(٧) الشّرح الكبير لشمس الدِّين ابن قدامة المقدسي ١٧/٤٠.

ما جاء في الإنصاف: «قوله: وكلّ ما يجوز بيعُهُ، يعني تصحّ هبتُهُ، وهذا صحيحٌ، ونصّ عليه، ومفهومه: أنّ ما لا يَجوزُ بَيعُهُ لا تَجوز هِبَتُهُ، وهو المذهب»[1].

شرح مفردات القاعدة:

هِبَتُهُ: الهبة لغةً عبارة عن مُجرّد إيجاب المرء ملكه لغيره بغير عوضٍ[2].

وشرعاً: هي تَمليك العين للحال من غير عِوضٍ[3].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

الهبة مشروعةٌ ومندوب إليها، ولا يستنكف أَنْ يَهَب القليل، ولا أن يَتهب القليل[4].

فهذه القاعدة تقرّر ما جازت الهبة به بين المسلمين، وأنّ الموهوب كلّ شيءٍ صحّ مِلْكُهُ، ويجوز بيعُهُ، وما لَم يَجُزْ بيعه فلا تَجُوزُ هِبَتُهُ، ويعنِي ذلك أنّ الموهوب، وهو الشّيء الذي يراد أن يُهَبَ، لا بدّ من توفّر شروط جواز المبيع فيه، وذلك أنّ البيع والهبة يشتركان في كون كلّ واحدٍ منهما تَمليكاً في الحياة، فإن كان بعوضٍ فبيعٌ، وإلاّ فهبةٌ.

بناء على ذلك، فإنّ ما يشترط في المبيع هو ما يشترط في الموهوب في الجملة، وهذه الشّروط مجملةٌ في قول صاحب الحدود: «باب المعقود عليه،

---

(١) الإنصاف للمرداوي ٤٠/١٧، ويعنِي بـ: (قوله) قول شمس الدِّين ابن قدامة المقدسي في المقنع.

(٢) انظر:المفردات ص٥٤٩، والمصباح المنير ص٢٥٨، ومعجم لغة الفقهاء ص٤٦٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٣/٥، و١٦٤، و١٦٧، و١٦٨، وأنيس الفقهاء ص ٩٥، وتكملة المجموع ٢٥٣/١٦، والمقنع ٥/١٧، ومنتهى الإرادات ٤١٣/١.

(٤) انظر: المهذّب ٥٣٥/٢، ومنتهى الإرادات ٤١٣/١.

وهو الرّكن الثّالث، يُطلَبُ أنّه طاهرٌ، منتفعٌ به، مقدورٌ على تسليمه، مَمْلُوكٌ لبائعه أو لِمَن ناب عنه، لا حَقَّ لغيره فيه ولا غرر»[1]، وبيانه:

الشّرط الأوّل: أَنْ يكون مَالاً متقوّماً، أو ما يؤول إلى مال، كما أنّ من شروط المبيع كونه مالاً؛ فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً؛ كالحرّ والميتة، والدّم، وصيد الحرم والإحرام والْخنْزير، ولا هبة ما ليس بمال مطلقاً؛ كأم الولد، والمدبّر المطلق، والمكاتب، لكونهم أحراراً من وجه، ولهذا لم يجز بيعهم، ولا هبة ما ليس بِمتقوّمٍ؛ كالخمر، ولهذا لم يجز بيعها[2].

الشّرط الثّاني: أن يكون طاهراً، ممكن الانتفاع به شرعاً؛ إذ ما لا يجوز الانتفاع به شرعاً لا يجوز بيعه فلا تجوز هبته، وعدم المنفعة له سببان:

الأوّل: القلّة؛ كالحبّة والحبّتين؛ فإنّ هذا القدر لا يعدّ مالاً.

والسّبب الثّاني: الحيّة؛ كالحشرات فلا يجوز بيعها[3].

الشّرط الثّالث: أن يكون معلوماً، مُمكنَ التّسليم، فلا تجوز هِبَةُ ما ليس بِموجودٍ وقت العقد، ولا ما لا يمكن تسليمه؛كالبيع عند

---

(١) حدود ابن عرفة ٣٣٢/١، وانظر: المجموع ١٦٤/٩، وروضة الطّالبين ٣٥٠/٣-٣٦١، ومنتهى الإرادات ٢٤٣/١، والمحلّى ٥٦/٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع٣٣٠/٤، وبداية المجتهد ١٦٠/٤، والفروق٢٤٠/٣، والقوانين الفقهية ص ١٦٣، ومواهب الجليل ٥٩/٦-٦٤، و٦٧، والمهذّب ٥٣٦/٢، والمقنع ٢٣/١١، ومنتهى الإرادات٢٤٤/١، و٤١٣، وشرح منتهى الإرادات١٢٦/٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٠/٤-٣٣٥-٣٤١، وعقد الجواهر ٦١٨/٢، و٦٢٠، وجامع الأمّهات ص ٣٣٧، والقوانين الفقهية ص ١٦٣، وشرح حدود ابن عرفة ٣٣٣/١، ومواهب الجليل ٥٧/٦، و٦٤، والمهذّب١٥/٢، و١٧، والمجموع ١٧٣/٩، وروضة الطّالبين ٣٥٢/٣، وشرح منتهى الإرادات ١٢٦/٣.

الجمهور[١]، وأمّا عند المالكية فلا يشترط كون الموهوب معلوماً، بل تجوز هبةُ كلّ مملوكٍ، وتجوز هبة ما لا يصحّ بيعه؛ كالعبد الآبق، والبعير الشّارد، والمجهول، والثّمرة قبل بدوّ صلاحها، والمغصوب، قياساً على النّذر والوصية[٢].

الشّرط الرّابع: أن يكون مَملوكاً في نفسه مقدوراً على تسليمه؛ فلا يصحّ بيع الطّير في الهواء، ولا السّمك في الماء، وكذا لا تجوز هبته، ولا هبة المباحات قبل حيازتها ومِلْكها بلا خلافٍ؛ لأنّ الهبة تَمليكٌ، وتَمليكُ ما ليس بِمَملوكٍ محالٌ[٣].

الشّرط الخامس: أن يكون مَملوكاً للواهب؛ فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تَمليك ما ليس بِمملوكٍ[٤].

الشّرط السّادس:أن يكون مَحوزاً؛فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم،وتجوز فيما لا يقسم؛ كالعبد والحمام، وهذا الشّرط عند الحنفية خاصّة،

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤١/٤، و١٦٩/٥، والرّسالة ص ٢١٥، وعقد الجواهر ٦٢٣/٢،والفروق٢٤٠/٣، والقوانين الفقهية ص١٦٣-١٦٤، والمهذّب٥٣٦/٢، والمجموع ١٦٤/٩، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٨٩/١١، والمحلّى ٥٦/٨.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٦٢١/٢، و٩٧٩/٣، وجامع الأمّهات ص ٣٣٧، و٣٣٨، و٤٥٤، والقوانين الفقهية ص ٢٤١، وحدود ابن عرفة ٥٥٣/٢، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف٤٠/١٧، و٤٢-٤٣، ومنتهى الإرادات ٤١٣/١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٩/٥، والفروق ٢٤٠/٣، وحدود ابن عرفة ٣٣٢/١، ومواهب الجليل ٦٧/٦، والمهذّب ٥٣٦/٢، والمجموع ١٦٤/٩، والمغني ٣٥٩/٦، والمقنع والشّرح الكبير ٥٥/١١، ومنتهى الإرادات ٢٤٤/١، و٢٤٦، و٤١٣، وشرح منتهى الإرادات ١٢٩/٣-١٣٠، و١٣٥.

(٤) انظر: المراجع السّابقة.

وأمّا عند جمهور الفقهاء من المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية، فلا يشترط كون المهاب محوزاً، وتجوز هبة المشاع مطلقاً[١].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة اتّفق عليها الفقهاء في الجملة؛ حيث اشترطوا للموهوب ما يشترط للمبيع، إلاّ أنّ المالكية لم يشترطوا كون الموهوب معلوماً، بل الموهوب هو كلّ مَمْلوك يَقْبَلُ النّقلَ؛ فتصحّ هِبَةُ المجهول والآبق، وقد تقدّم ذلك في الشّرط الثّالث، وفي الجملة فإنّ باب الهبات أوسع من باب البيوع، قال في الشّرح الكبير: «تصحّ هِبَةُ الكلب، وما يُباحُ الانتفاع به من النّجاسات؛ لأنّه تَبرّعٌ فجاز في ذلك كالوصيّة»[٢].

من أدلّة القاعدة:

هذه القاعدة مبنيةٌ على قاعدة ما يجوز بيعه في الجملة، وأنّ كلّ ما جاز بيعه جازت هِبَتُهُ، بناء على هذا؛ فالقاعدة مرتبطةٌ بالقاعدة الثّالثة والأربعين السّابقة، وهي: (ما لا يَجوز اتّخاذُهُ لا يَجوزُ بَيعُهُ)، ومُتفرّعةٌ عنها، فإذا تقرّر هذا؛ فإنّه يصحّ أن يُستَدَلّ لثبوتها وصحّتها بأدلة القاعدة المذكورة، فما جاز بيعه هو الذي يجوز هِبَتُهُ، والله -سبحانه وتعالى- هو ولِيُّ التّوفيق.

من تطبيقات القاعدة:

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٤، وبدائع الصّنائع ١٧٠/٥، والهداية ٢٢٥/٣، والتّلقين ص٥٥٠، والقوانين الفقهية ص٢٤١، والمهذّب ٥٣٦/٢، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٨/١٧، والمحلّى ٥٦/٨.

(٢) الشّرح الكبير لشمس الدِّين ابن قدامة المقدسي والإنصاف ٤٠/١٧، و٤٤.

١-يجوز بيعُ كلِّ طاهرٍ، منتفع به، مقدورٍ على تسليمه، مَمْلُوكٍ لبائعه أو لِمَن ناب عنه، لا حَقَّ لغيره فيه ولا غرر، فَتَجوز هِبَتُهُ(١).

٢-تصحّ هبة المشاع؛ لأنّ بيعه جائز(٢).

٣-لا تصحّ هبة الحرّ والميتة، والدّم، وصيد الحرم والإحرام والْخنْزير، وغير ذلك على ما ذُكِرَ في البيوع، ولا هبة ما ليس بِمال مطلقاً؛ كأم الولد، والمدبَّر المطلق، والمكاتَب، لكونهم أحراراً من وجهٍ، ولهذا لم يجز بيع هؤلاء، ولا هبة ما ليس بِمتقوّمٍ؛ كالخمر، ولهذا لم يجز بيعها(٣).

---

(١) انظر: حدود ابن عرفة ٣٣٢/١، والمجموع ١٦٤/٩، والمحلّى ٥٦/٨.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٤، وبدائع الصّنائع ١٧٠/٥، والهداية ٢٢٥/٣، والتّلقين ص ٥٥٠، والقوانين الفقهية ص٢٤١، والمهذّب ٥٣٦/٢، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٨/١٧، والمحلّى٥٦/٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٠/٤.

المبحث الخامس: القاعدة الخامسة والأربعون [٤٥]

[الأصل أنّه إذا كان في الشّيء أكثرُ من منفعةٍ واحدةٍ وحُرِّمَ منه واحدة من تلك المنافع أنّه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن المسائل المختلف فيها في باب الأعيان المحرّمة البيع دليلاً لأحد الأقوال؛ حيث قال: «ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزّيت النَّجِس، وما ضارعه بعد اتّفاقهم على تَحريم أكله.

فقال مالك: لا يَجوز بيع الزّيت النَّجس، وبه قال الشّافعي[١].

وقال أبو حنيفة: يَجوز إذا بيّن[٢]، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك[٣].

---

(١) منع بيع النّجس الذّاتي أو الذي كالذّاتي، وهو الذي لا يقبل التّطهير هو مشهور مذهب المالكية، وبه قال الحنابلة في المذهب، وهو قول الحنفية إذا كانت النّجاسة غالبةً على الزّيت.
انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٣٦-٣٣٧، وعقد الجواهر ٢/٦١٩، ومختصر خليل ص ١٠، و١٦٩، ومواهب الجليل ١/١٦٢، و١٦٩-١٧٣، و٦/٥٨، و٦١، و٦٤، والمهذّب ٢/١٦، والمجموع ٩/١٧١-١٧٣، وروضة الطّالبين ٣/٣٥١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٤٩-٥٠.

(٢) وذلك إذا كان الزّيت غالباً على النّجاسة، وأمّا لو كانت هي الغالبة على الزّيت فقولهم كقول جمهور أهل العلم.
انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٠٧، و٣٣٦-٣٣٧، والبيان والتّحصيل ١/٢٦٨، وعقد الجواهر ٢/٦١٩، والمقنع والشّرح الكبير ١١/٥٠.

(٣) ورواية عند الحنابلة أنّه يجوز بيعها لكافرٍ يعلم نَجاستها. انظر: والبيان والتّحصيل =

وحجّة مَن حرَّمه: حديث جابر الْمتقدّم: أنّه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح[١] يقول: (إنّ الله ورسوله حرّما الخمر والميتة والخِنْزير)[٢].

وعمدة مَنْ أجازه: أنّه **إذا كان في الشّيء أكثر مِنْ منفعةٍ واحدة، وحُرِّمَ منه واحدة من تلك المنافع، أنّه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع**، ولاسيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرّمة؛ كالحاجة إلى المحرّمة، فإذا كان الأصل هذا؛ يخرج منه الخمر والميتة والخِنْزير[٣]، وبقيت سائر محرّمات الأكل على الإباحة، أعنِي: أنّه إن كان فيها منافع سوى الأكل، فبيعت لهذا، جاز»[٤].

توثيقها:

ورد مفاد هذه القاعدة في كتب أهل العلم منها:

قال في بدائع الصّنائع: «هل يجوز الانتفاع بالغُسَالة[٥] فيما سوى

=

١/٢٦٨، وعقد الجواهر ٢/٦١٩، ومواهب الجليل ١/١٦٩، و١٧٠، و٦/٦١، والمقنع والشّرح الكبير ١١/٥٠.

(١) أي: عام فتح مكّة -حرسها الله-، وكان في رمضان سنة ثَمانٍ من الهجرة النّبويّة الشّريعة. انظر: فتح الباري ٤/٤٩٥.

(٢) من حديث جابر بن عبد الله، تقدّم تخريجه في مطلع القاعدة [٤٣].

(٣) لأنّ نجاسة هذه الأشياء عينية إلاّ الكلب، فإنّه ليس نَجَس العين على الصّحيح عند الحنفية. انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٠١، وعقد الجواهر ٢/٤٠٠-٤٠٢، والمهذّب ١/١٦٥، و٢/١٥٧-١٩، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٤٣٤٧.

(٤) بداية المجتهد ٣/٢٤٣.

(٥) الغُسَالة، هي: الماء الذي غسلت النّجاسة الحقيقية به.
انظر: بدائع الصّنائع للكاسانِي ١/٢٠٦، وشرح القلشانِي ص ٤٥١، ومواهب الجليل ١/٢٣٧.

الشّرب والتّطهير من بلّ الطّين، وسقي الدّواب ونحو ذلك؟ فإن كان قد تغيّر طعمُها أو لونُها أو ريحها؛ لا يجوز الانتفاع؛ لأنّه لَمّا تغيّر دلّ أنّ النّجس غالبٌ فالْتُحقَ بالبول، وإن لَم يتغيّر شيءٌ من ذلك يجوز؛ لأنّه لَمّا لَم يتغيّر دلّ على أنّ النّجس لَم يغلب على الطّاهر، والانتفاع بِما ليس بنجس العين مباحٌ في الجملة»[1].

وفيه أيضاً: «إذا وقعت الفأرة في السّمن فماتت فيه أنّه إن كان جامداً تُلْقَى الفأرة وما حولها، ويؤكَلُ الباقي، وإن كان ذائباً لا يؤكَل، ولكن يستصبح به، ويدبغ[2] به الجلد، ويجوز بيعه، وينبغي للبائع أن يبيّن عيبه، فإن لَم يُبَيِّن وباعه ثم علم به المشتري فهو بالخيار إن شاء ردّه وإن شاء رضي به»[3].

ما جاء في المختصر: «ويُنْتَفَعُ بِمُتَنَجِّسٍ لا نَجَسٍ في غير مسجدٍ وآدميٍّ»[4].

ما جاء في مواهب الجليل: لا بأس أن يعلف العسل النّحل،

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ١/٢٠٦-٢٠٧، و٢١٦، و٤/٣٣٦.

(٢) الدّباغ هو: معالجة الْجلد بإزالة شعره، ورائحته، وذهاب دسمه، وتنشيفه، وذلك بملحٍ، أو قَرَظ، أو شبٍّ، أو غير ذلك، وهو عاملٌ في كلّ إهاب، وجلْد، ومَسك، فكلّ شيءٍ دُبِغَ به فقد جاز الانتفاع به، إلاّ جلد الْخنْزير فلا يعمل فيه.
والقَرَظُ: شَجرٌ تدبغ به الأُهُب، وهو لما فيه من القَبض والعفوصة يُنَشّفُ البلّة، ويهذب الرّخاوة، ويخصف الجلد، ويصلحه ويطيّبه، فكلّ شيءٍ عمل عمل القَرَظ كان حكمه في التّطهير حكم القَرَظ.
انظر: معالم السّنن ٤/٣٦٩، والاستذكار ٤/٣٠٦، والتّمهيد ١٠/٣٧٧، و٣٨٥، والمنتقى ٤/٢٥١، وشرح مسلم ٤/٢٧٧.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ١/٢٠٧.

(٤) مختصر خليل ص ١٠.

ويستصبح بالزّيت، إلاّ في المساجد؛ لأنّ الزّيت النّجس يَجوز الاستصباح به، فيكون فيه منفعةٌ يجوز بيعه[١].

وفيه –أيضاً-: «لا يصحّ نفي كلّ منفعة تضاف للآدميّ؛ لأنّه يجوز له الاستصباح بالدّهن النّجس، وعمله صابوناً، وعلف الطّعام النّجس للدّواب، والعسل النّجس للنّحل، وهو من منافعه»[٢].

ما جاء في المهذّب: «اقتناء ما لا منفعة فيه سَفَهٌ فلَم يَجُز، فإن كان فيه منفعةٌ مُباحَةٌ، كالكلب جاز اقتناؤه للصّيد والماشية والزّرع»[٣].

ما جاء في المنهاج: «العلّة في منع بيع الميتة والخمر والخنْزير النّجاسة، فيتعدّى إلى كلّ نجاسة، والعلّة في الأصنام كونها ليس فيها منفعةٌ مباحةٌ، فإن كان بحيث إذا كُسِّرت ينتفع برضاضها، ففي صحّة بيعها خلافٌ مشهورٌ لأصحابنا -الشّافعية- منهم مَنْ منعه لظاهر النّهي وإطلاقه، ومنهم مَن جوّزه اعتماداً على الانتفاع، وتأوّل الحديث[٤] على ما لم ينتفع برضاضه، أو على كراهة التّنْزيه في الأصنام خاصّة»[٥].

ما جاء في فتح الباري: «ليس كلّ ما حرم تناوله حرم بيعه»[٦].

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب انظر: ١/١٦٢، و١٦٨.

(٢) مواهب الجليل للحطّاب ١/١٧٠.

(٣) المهذّب للشّيرازي ٢/١٥، وانظر: روضة الطّالبين ٣/٣٥٣.

(٤) يعني: حديث جابر بن عبد الله رضي الله تقدّم تخريجه من أدلّة فقهاء الأمصار في القاعدة [٤٣].

(٥) شرح مسلم ١١/١٠، وانظر: روضة الطّالبين ٣/٣٥٤، وفتح الباري ٤/٤٩٧.

(٦) ناقلاً عن ابن بطال عن الطّبري،قال:وأقرّه ابن بطال،ولكن تعقّب عليه بقوله:«وليس بواضح،بل كلّ ما حرم تناوله حرم بيعه»،و«أنّ الشّيء إذا حرم عينه حرم ثَمنه».فتح الباري لابن حجر٤/٤٨٤-٤٨٥.

ما جاء في الشّرح الكبير: «وعنه –أي: الإمام أحمد– يَجوز بيعها –أي: الأدهان النّجسة– لكافرٍ يَعلم نَجاستها؛ لأنّه يعتقد حِلّها، ويستبيح أكلها»[1].

وفيه أيضاً: «يَجوز أن يُدْفَع إلى الكافر في فِكاك مُسلمٍ، ويُعلَم الكافر بِنجاسته؛ لأنّه ليس ببيعٍ في الحقيقة، إنّما هو استنقاذ المسلم به»[2]، وهو من وجوه الانتفاع.

شرح مفردات القاعدة:

منفعة: لغة، من نَفَع يَنْفَعُ نفعاً ومَنْفعةً، والمنفعة والنّفع: الخير، وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه، وجمع منفعةٍ: منافع، ووجوه المنافع كثيرةٌ منها: مثلاً منافع الرّكوب في الأنعام، والحمل عليها، ومنافع الأكل والشّرب من ألبانها، ومنافع الدّفء واتّخاذ الآلات والأمتعة من أصوافها وأوبارها وأشعارها، إلى غير ذلك[3].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

الأعيان باعتبار منافعها على قسمين[4]:

أحدهما: ما لا منفعة فيها أصلاً، فلا يصحّ العقد به ولا عليه، بل ولا يصحّ مِلكه، مثاله: الخشاش.

---

(١) الشّرح الكبير لشمس الدِّين ابن قدامة المقدسي ١١/٥٠، وانظر: ٢/٣٠٤ منه.

(٢) الشّرح الكبير لشمس الدِّين ابن قدامة المقدسي ١١/٥١.

(٣) انظر: الهداية ٣/٦١، والمصباح المنير ص ٢٣٦، وتفسير القرطبي ٣/٥٦، و١٢/٥٦، و١٥/٥٢، و٢٩٢، وتفسير الجلالين ص ٣٣٦، و٣٤٣، و٤٤٥، و٤٧٦، وتفسير السّعدي ص ٥٣٨، و٥٤٩، و٦٩٩، و٧٤٣.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٠٦-٢٠٧، و٢١٦، و٤/٣٣٦، ومواهب الجليل ٦/٦٤-٦٧، والمهذّب ٢/١٥، وروضة الطّالبين ٣/٣٥٠، والمقنع والشّرح الكبير ١١/٤٣-٤٧.

والقسم الثّانِي: ما له منفعةٌ، وهو أيضاً على ثلاثة أقسامٍ:

أوّلها: ما كان جميع منافعه محرَّمةً، وهو كالذي لا منفعة فيه أصلاً، فلا يصحّ بيعه ولا تَمَلُّكُه، مثاله: الخمر والميتة والدّم ولحم الخنْزير؛ لأنّ المعدوم شرعاً كالمعدوم حِسّاً.

وثانيها: ما كان جميع منافعه محلَّلةً فيجوز بيعه إجماعاً؛ كالثّوب، والعبد، والعقار، ويصحّ مِلْكُهُ إذا انتفت الموانع.

وثالثها: ما فيه منافعُ محلَّلةٌ ومنافعُ مُحرَّمةٌ شرعاً، فينظر فيها؛ إن كان جلّ المنافع والمقصود منها مُحرَّماً، والْمُحَلَّل منها تَبَعاً، فواضحٌ إلحاقه بالقسم الأوّل، فيكون حكمه حكم المعدوم لا يجوز اتّخاذه ولا يجوز بيعه، ولا تَمَلُّكُه، مثاله: الزّيت النَّجَس.

وإِنْ كان جلّ المنافع والمقصود منها مُحَلّلاً والْمُحَرَّم تبعاً فواضحٌ إلحاقه بالثّانِي، وهو ما كان جميع منافعه محلَّلةً، مثاله: الزّيت وغيره مِمّا يمكن أن يعمل منه الخمر.

وإِنْ كانت منافعه المقصودة منها ما هو مُحَلّلٌ، ومنها ما هو مُحَرَّمٌ، أو فيه مَنفعةٌ مُحرَّمةٌ مقصودةٌ وسائر منافعه مُحَلَّلةٌ، فهذا هو موضوع القاعدة، وهو مشكلٌ على الأفهام، وينبغي أن يُلحَق بالممنوع؛ لأنّ كون هذه المنفعة المحرّمة مقصودةً يؤذن بأنّ لها حصّة من الثّمن، وأنّ العقد اشتمل عليها، كما اشتمل على ما سواها، وهو عقدٌ واحدٌ لا سبيل إلى تبعيضه، والتّعاوض على المحرَّم مَمنوعٌ؛ فمنع الكلّ لاستحالة التّمييز، ولأنّ الباقي مِنَ المنافع يصير ثَمَنُهُ مجهولاً لو قدر جواز انفراده.

وجزم في عقد الجواهر بأنّ المنافع المقصودة إذا كان بعضها مُحَلَّلاً

وبعضها مُحرَّماً لم يصحَّ البيع، ونصّه: «فأمّا ما تنوّعت منافعه إلى مُحَلَّلة ومُحَرَّمة؛ فإن كانت المنافعُ المقصودةُ من العين في أحد النّوعين خاصّة، كان الاعتبار بها الحكم تابعاً لها، فاعتبر نوعها، وصار الآخر كالمعدوم، وإنْ توزّعت في النّوعين لم يصحَّ البيع؛ لأنّ ما يقابل ما حرم منها من أكل المال بالباطل، وما سواه مِنْ بقية الثّمن يصير مجهولاً، وهذا التّعليل يطّرد في كون المحرّم منفعةً واحدةً مقصودةً، كما يطّرد في كون المنافع بأسرّها مُحرّمةً، وهذا النّوع، وإن امتنع بيعه لِمَا ذكر من الوجهين، فَملْكُهُ صحيحٌ لينتفع مالكه بِما فيه مِنْ منافعَ مباحة»[1]، قال في مواهب الجليل بعد نقل هذا الكلام: «وعدم صحّة البيع ظاهرٌ»[2].

ثم قال: «لو تَحقّق وجودُ منفعة مُحرَّمة ووقع الالتباسُ في كونها مقصودةً فمن الأصحاب مَنْ يقف في جواز البيع، ومنهم مَنْ يكره، ولا يمنع، ولا يحرم.

ويكفي من أمثلة هذا الأصل على اتّساعها مسألة بيع كلب الصّيد، فإذا بُنِيَ الخلافُ فيها على هذا الأصل، قيل: في الكلب من المنافع كذا وكذا، وعددت جملةُ منافعه، ثم نظر فيها، فَمَنْ رأى أنّ جملتها مَحرّمةٌ منع، ومَنْ رأى جميعها محلّلة أجاز، ومَنْ رآها متنوّعة نظر: آلمقصود المحلّل أم المحرّم، ثم جعل الحكم للمقصود، ومَنْ رأى أنّ منفعةً واحدةً منها مُحرَّمةٌ، وهي مقصودةٌ منع أيضاً على ما تبيّن، ومَنِ الْتَبَسَ عليه كونها

---

(١) عقد الجواهر ٢/٦٢٠-٦٢١، وانظر: بدائع الصّنائع ١/٢٠٦-٢٠٧، ومواهب الجليل ٦/٦٥، والمهذّب ٢/١٥.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٦/٦٥.

مقصودةً وقف أو كره»[١].

وقال في مواهب الجليل: «وربّما وقع في هذا النّوع مسائلُ تشكل على العالِم، فيخلط المسألة بين فكرته فيرى المنفعة المحرّمة ملتبسٌ أَمْرُهَا هل هي مقصودةٌ أم لا؟ ويرى ما سواها من المنافع المقصودة محلَّلةً فيمتنع من التّحريم؛ لأجل كون المقصود من المنافع مُحَلَّلاً، ولا ينشط لإطلاق الإباحة؛ لأجل الإشكال في تلك المنفعة هل هي مقصودةٌ أم لا؟ فيقف هنا المتورّع، ويتساهل آخر ويقول بالكراهة للالتباس ولا يحرم، فاحتفظ بهذا الأصل؛ فإنّه مِنْ مذهبات، ومَنْ أتقنه علماً هان عليه جميع مسائل الخلاف الواردة في هذا الباب، وهو على بصيرةٍ في دِين الله»[٢].

ومن الأسباب المانعة من الانتفاع بالعين النّجاسةُ، وهي إمّا ذاتيةٌ عينيةٌ، أو كذاتية، والأعيان النّجسة لا يصحّ الانتفاع بها ببيعٍ، ولا بأكلٍ في الجملة؛ لأنّ بيع كلِّ نجاسةٍ لا تدعو الضّرورةُ إلى استعمالها، ولا تعمّ بها البلوى حرامٌ، كالخمر والميتة؛ لحمها وشحمها، ولحم الْخِنْزير[٣]، والأصل في ذلك حديث جابر بن عبد الله رضي الله أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: «إنّ الله ورسوله صلّى الله عليه وسلّم حرّم الخمر والميتة والخنْزير»[٤].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة محلّ الاتّفاق بين أهل العلم في الجملة، وهو أنّ كون

---

(١) عقد الجواهر لابن شاس ٦٢١/٢، وانظر: مواهب الجليل ٦٥/٦-٦٦.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٦٥/٦-٦٦، نقلاً عن المازري.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٥٨/٦، والمهذّب ١٥/٢.

(٤) تقدّم تخريجه في مطلع القاعدة [٤٣].

الشّرع حرّم منفعةً واحدةً من منافع العين لا يعنِي تعميم سائر منافعها بالتّحريم مطلقاً، هذا المعنَى قال به الفقهاء في الجملة، وإن اختلفوا في مدى التّوسّع في ذلك، وقد دلّ النّصّ من الشّارع على ذلك، كما سيتبيّن ذلك عند فقرتَي أدلّتها وتطبيقات القاعدة إن شاء الله تعالى.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها بماسبق من أدلّةالمسائل المخرَّجة عليها،بالإضافة إلى:

١-حديث عبد الله بن عبّاس -رضي الله عنهما- في قصة شاة أمّ المؤمنين ميمونة -رضي الله عنها-، أنّ النّبيّ ﷺ قال: «هَلاَّ أَخَذْتُم إهَابَها، فَدَبَغْتُمُوهَا، فانْتَفَعْتُم به؟»، فقالوا: إنّها مَيتةٌ، فقال: «إنّما حَرُمَ أَكْلُهَا»[1].

قال في المنتقى: «وقوله ﷺ : (إنّما حَرُمَ أكلها) تَبيينٌ لما حُرِّمَ منها، وإعلامٌ أنّ الانتفاع بها لَمْ يَفُتْ بفوتها، كما لم يفت الْمُحْدثَ الصّلاةُ عند عدم الماء، بل قد يمكن استدراكه بالدّباغ، كما يمكن للمُحدث استدراك استباحة الصّلاة بالتّيمم، وليس في هذا الحديث تصريحٌ بطهارة جِلد الميتة، وإنّما فيه الإخبارُ عن جواز الانتفاع بها»[2].

قوله ﷺ : «مَنِ اقْتَنَى كلباً إلاّ كلب صيد، أو ماشية نقص من أجره كلّ يومٍ قيرطان»[3]؛ حيث نَهىَ أوّلاً عن اقتناء جميع الكلاب، وأمر

---

(١) في قصّة ميمونة رضي الله عنها، تقدّم تخريجه في القاعدة (٢٠/أ)، فقرة: الانتفاع من الأعيان النّجس، وهذا اللّفظ هنا لمسلم.

(٢) المنتقى للباجي ٤/٢٤٩، وانظر: فتح الباري ٩/٥٧٥.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة (٢٠/أ)، فقرة: الانتفاع من الأعيان النّجس، من حديث ابن عمر.

بقتلها، ثم نَهَى عن قتلها سوى الأسود، ومنع الاقتناء في جميعها إلاّ كلب صيد، أو زرعٍ، أو ماشيةٍ[١].

من تطبيقات القاعدة:

المسألة الأولى: الانتفاع من الزّيت النّجس، تقدّم في فقرة مناسبة ذكر القاعدة؛ أنّ الذي عليه جمهور أهل العلم أنّ الزّيت إذا ماتت فيه فأرة، أو وقعت فيه نجاسةٌ أخرى أنّه يَنجس، ولا يَجوز أكله، ولا يجوز بيعه.

استدلّوا بقوله ﷺ : ((إذا كان جامداً فألقوها وما حولها، وإن كان مائعاً فلا تقربوه))[٢].

وأنّ الحنفية ذهبوا مذهب التّفريق بين كون الزّيت غالباً على النّجاسة فيجوز بيعه، وإلاّ فلا.

ثم ذهب جمهور أهل العلم إلى جواز الانتفاع بالزّيت النّجس للاستصباح في غير المسجد، وتدهين السّفن، وكذلك العسل المتنجس للنّحل، والأدهان التي أصابتها نجاسةٌ ونحوه، مع تحريم بيعه، وثَمنه، وهو مذهب الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة[٣].

---

(١) انظر: شرح مسلم ٤٧٩/١٠-٤٨٠.

(٢) أخرجه التّرمذي تعليقاً في سننه ٢٢٦/٤، كتاب الأطعمة، باب ما جاء في الفأرة تَموت في السّمن، وقال: هذا خطأ أخطأ فيه معمر، والصّحيح حديثُ ميمونة، وتقدّم تخريجه في القاعدة [٢٠/أ]، فقرة: الانتفاع من الأعيان النّجس.

(٣) وضعّفه ابن رشد الحفيد. انظر: بدائع الصّنائع ٢٠٧/١، و٣٣٧، والبيان والتّحصيل ١٧٠/١، و٢٦٧-٢٦٨، و٣٣٩، وبداية المجتهد ٢٤٣/٣، ومواهب الجليل ١٦٢/١، و١٦٩-١٧٣، و٥٩/٦، والمهذّب ١٦/٢؛ والمجموع ١٧١/٩-١٧٣، وروضة الطّالبين ٢٧٧/٣، و٣٥١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٠٤/٢، و٥٢/١١، وشرح منتهى الإرادات ١٢٨/٣.

=

واستدلّوا بقوله ﷺ حين مرّ بشاة ميتة: «هلا استمتعتم بإهابها[١]؟»، قالوا: إنّها ميتةٌ، قال: «إِنّما حُرِّمَ أكلُها»[٢]، حيث حصر الحرمة في الأكل دون غيرها من وجوه الانتفاع[٣].

ولأنّه أمكن الانتفاع به من غير ضررٍ، فجاز كالطّاهر، وعلى هذا القياس، فكلّ انتفاعٍ لا يُفضِي إلى التّنجيس بها؛ فإنّه يجوز[٤].

وحملوا قوله ﷺ : «لا تقربوه»، على الأكل والطّعام، لا الانتفاع بغيرهما، وضعّف ابن رشد القول بِجواز الاستصباح، وصحّحه غيره[٥].

قال في معالم السّنن: «قوله: (لا تقربوه) يحتمل وجهين:

أحدهما: لا تقربوه أكلاً وطعماً، و لا يحرم الانتفاع به من غير هذا الوجه استصباحاً وبيعاً مِمَّن يستصبح به، ويدهن به السّفن ونحوها، ويحتمل أن يكون النّهي في ذلك عاماً على الوجوه كلّها»[٦].

=

وانظر: معالم السّنن ٣/٧٥٧، و٤/١٨١، وشرح مسلم ١١/٩.

(١) الإهاب، جلد ما يؤكل لَحمه من الأنعام: البقر، والغنم، والإبل قبل الدّبغ، ويُجمع على: أُهُبَ، أو أَهَب.
انظر: معالمُ السّنن ٤/٣٦٧، والاستذكار ٤/٣٠٥، والتّمهيد ١٠/٣٧٧، و٣٨٢، و٣٨٤، وشرح مسلم ٤/٢٧٧، وفتح الباري ٩/٥٧٥.

(٢) في قصة شاة ميمونة رضي الله عنها، تقدّم تَخريجه في القاعدة (٢٠/أ)، فقرة: الانتفاع من الأعيان النّجس، واللّفظ هنا للبخاري.

(٣) انظر: التّمهيد ١٠/٣٦٩، وفتح الباري ٩/٥٧٥.

(٤) انظر: الشّرح الكبير ١١/٥٣.

(٥) كالنّووي، انظر: بداية المجتهد ٣/٢٤٣، والمجموع ٩/١٧٢، وروضة الطّالبين ٣/٣٥١.

(٦) معالم السّنن للخطابِي ٤/١٨١.

قال في المنتقى: «قوله ﷺ : (ألاّ انْتَفَعْتُم بجلدها)، يحتمل معنَيين:

أحدهما: أَفَلا ذَبحْتُمُوهَا فانْتَفَعْتُم بجلْدها.

والثّاني: أَفَلا سَلَخْتُمُوهَا فانْتَفَعْتُم بِجلدها؛ حَضّاً منه ﷺ على الانتفاع بالأموال، والتّمييز لها، ومنعها من إفساد قليلها ويسيرها،وما فيه مُنتَفَعٌ منها،والانتفاع بكلِ نوعٍ منها...؛فإنّ إفساد المال لا فائدةَ فيه، ولا منفعةَ في إطراح ما يُنتَفَعُ به إلاّ مُجرّد العبث والكبر»[(١)].

والقول بالانتفاع من جلود الميتة مشروطٌ بالدّباغ على الصّحيح[(٢)]؛ لقوله صلّى الله عليه وسلّم: «إذا دُبِغَ الإهاب فقد طهر»[(٣)].

ويرى بعض[(٤)] أهل العلم الانتفاعَ بِجلد الميتة على كلّ حال، أخذاً بعموم قوله ﷺ : «إنّما حرم أكلها»؛ حيث إنّ مفهومه يدلّ على أنّ ما عدا أكلها مباحٌ، والصّحيح اشتراط الدّباغ للحديث.

وأيضاً قوله ﷺ : «إذا دُبِغَ الإهاب فقد طهر» وإنْ كان يقتضي جميع الأُهُب، وهي الجلود كلّها؛ لأنّ اللّفظ جاء في ذلك مجيءَ عموم، ولم يَخُصَّ شيئاً مثلها، إلاّ أنّه مخصوصٌ بِجلد الْخِنْزِير والكلب، فإنّ

---

(١) المنتقى للباجي ٢٤٨/٤.

(٢) انظر: الاستذكار ٣٠٢/٤، والتّمهيد ٣٦٩/١٠-٣٧١، والمنتقى ٢٤٨/٤.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٢٧٧/١، كتاب الحيض، باب طهارة جلود الميتة بالدّباغ برقم: (٣٦٦).

(٤) منهم: ابن شهاب الزّهريّ، واللّيث بن سعد في الصّحيح عنه، وروي عنه مثل قول الجمهور، وقال ابن حجر: كأنّه اختيار البخاري، وذكر محمّد بن عبد الحكم عن مالك ما يشبه ذلك، وهو شاذٌّ.

انظر: الاستذكار ٣٠١/٤-٣٠٥، والتّمهيد ٣٦٩/١٠-٣٧٣، و٣٧٩، وشرح مسلم ٢٧٧/٤، وفتح الباري ٤٨٣/٤، و٥٧٥/٩.

جلدهما لا يدخل في عمومه عند جمهور أهل العلم، وذلك لأنّه مُحرَّم العين حَيّاً وميتاً،وجلده مثل لَحمه، فلمّا لم تعمل في لَحمه،ولا في جلده الذّكاة، لم يعمل الدّباغُ الذي أضعف من الذّكاة في إهابه، ولأنّه لَم يدخل في السّؤال؛ لأنّه غير معهود الانتفاع بِجلده، وإنّما يدخل في هذا العموم ما لَو ذُكي لاستغنَى عن الدّباغ، أي: ما تعمل فيه الذّكاة[1].

وذهب الظّاهرية إلى تطهير جلد الميتة أيَّ ميتةٍ كانت، ولو أنّها جلد خِنْزيرٍ، أو لكلبٍ، أو سبعٍ أو غير ذلك؛ فإنّه بالدّباغ، وبأيّ شيءٍ دُبِغَ طاهرٌ؛ فيجوز الانتفاع به[2]، عملاً بعموم الحديث: «إذا دُبِغَ الإهاب فقد طهر».

وأجيب عن هذا القول بأنّ الإهاب هو: جِلد البقر، والغنم، والإبل، وما عداه إنّما يقال له: جِلْدٌ لا إِهَابٌ[3].

قال في التّمهيد في الحَديث: «نصٌّ ودليلٌ، فالنّصّ طهارةُ الإهاب بالدّبغ.

والدّليل منه أنّ كلّ إهابٍ لم يُدْبَغ فليس بطاهرٍ، وإذا لم يكن طاهراً فهو نَجسٌ، والنّجس رجسٌ محرَّمٌ، فبهذا علمنا أنّ المَقصود بذلك القول جلود الميتة»[4].

---

(١) انظر: الاستذكار ٤/٣٠٥، والتّمهيد ١٠/٣٨١-٣٨٢، والمنتقى ٤/٢٥٣، والمقنع والشّرح الكبير ١١/٣١، و٤٣.
ومعالم السّنن ٤/٣٦٧، وشرح مسلم ١١/١٠-١١، وفتح الباري ٩/٥٧٥، والموافقات ٣/٢٠٢.

(٢) وهو قول سحنون ومحمّد بن عبد الله بن عبد الحكم من المالكية.
انظر: الاستذكار ٤/٣٠٥، والتّمهيد ١٠/٣٨١-٣٨٢، والمحلّى ١/١٢٨، وشرح مسلم ٤/٢٧٧.

(٣) انظر: الاستذكار ٤/٣٠٥، والتّمهيد ١٠/٣٧٧، و٣٨٢، و٣٨٤.

(٤) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٠/٣٦٩، وانظر: الاستذكار ٤/٣٠٠.

المسألة الثّانية: أنّ الميتة إنّما هي محرَّمة البيع والأكل بلا خلاف، لقوله ﷺ : ((إنما حرم أكلها))، فيجوز الانتفاع بما سوى ذلك، وعليه يُحمَل قول مَنْ يرى جواز عظمها؛ كالعاج وشبهه في الإمشاط به، وكذا عصبها وشعرها وصوفها ووبرها، ونحوه، يجوز الانتفاع به، وكذا ما يصنع من أنياب الفيل، وبه قال الحنفية، وذلك لأنّ هذه الأشياء طاهرةٌ، ولأنّ حرمة الميتة ليست لموهّا، وإنّما لما فيها من الرّطوبات السّيالة، والدّماء النّجسة لانجمادها بالموت، ولهذا يطهر الجلد بالدّباغ حتّى يجوز بيعه لزوال الرّطوبة عنه، ولا رطوبة في هذه الأشياء فلا تكون حراماً، وكره ذلك مالك[1].

وذهب جمهور أهل العلم إلى كراهية العاج وسائر عظام الميتة، وبه قال المالكية والشّافعية والحنابلة، ولم يرخصوا في بيعها ولا الانتفاع بها، بناءً على أنّ هذه الأشياء نجسة[2].

ويجوز الانتفاع بالميتة بأن يُطْعِمَه شخصٌ كلابه، يذهب بكلابه إليها ولا يأتِي بالميتة إلى الكلاب، وكذلك الطّعام الذي يعجن أو يطبخ بماء نَجِسٍ يطعم للبهائم والدّواب[3].

ولا يجوز الاستصباح بشحوم الميتة، ولا شحم الكلب والْخِنْزير،

---

(١) وهو مذهب الظّاهرية، وقول ابن سيرين، وعروة بن الزّبير.
انظر: وعيون المسائل ص٧٦، وبدائع الصّنائع٤/٣٣٣، والمدوّنة ٣/١٩٩، والتّمهيد ١٠/٣٦٧، ومواهب الجليل ٦/٦١، والمجموع ٩/١٦٧، والمحلّى ١/١٢٨.

(٢) وهو قول محمّد من الحنفية في الفيل. انظر: عيون المسائل ص ٧٦، وبدائع الصّنائع ٤/٣٣٣، والتّمهيد ١٠/٣٦٧، والمنتقى ٤/٢٥٣-٢٥٥، ومواهب الجليل ٦/٦١.

(٣) انظر:المنتقى٤/٢٤٩،ومواهب الجليل١/١٦٨،و١٧١-١٧٣،والمجموع٩/١٧١.

ولا الانتفاع بها في جلودٍ ولا سُفُنٍ ولا غيرها[١].

المسألة الثّالثة: القرد يُمنع بيعه للإطافة واللّعب، ولكن يجوز الانتفاع به لحفظ المتاع، والدّكان والأغراض الطّبّيّة ونحو ذلك؛ فيجوز بيعه لهذا الانتفاع؛ لأنّه كالصّقر[٢].

المسألة الرّابعة: الكلاب يَحرم اقتناؤها وبيعه بغير حاجة، ويجوز الانتفاع به من جهة الصّيد، والحراسة، والحرث[٣]؛ لقوله ﷺ : ((مَنِ اقْتَنَى كلباً إلاّ كلب صيدٍ، أو ماشيةٍ نقص من أجره كلّ يومٍ قيراطان))[٤].

المسألة الخامسة: يجوز سقي الزّرع والنّبات وسائر الأشجار والدّواب بماء نَجسٍ، مع أنّ الأعيان النّجسة محرّمة البيع[٥].

المسألة السّادسة: وعلى هذه القاعدة بُنِيَ قول أبي حنيفة بِجواز بيع آلات الملاهي من الطّبل والمزمار والدّفّ ونحو ذلك مع الكراهة؛لأنّه يُمكن الانتفاع بها شرعاً مِن جهة أخرى غير اللّهو، بأن تُجْعَل ظروفاً لأشياء ونحو ذلك من المصالح، فلا تخرج عن كونها أموالاً، وأنّ كونها آلات التّلهّي والفسق بها لا يوجب سقوط ماليّتها؛ لوجود وجوه منافع أخرى فيها؛ فأشبه المغنّيات والقيان وبدن الفاسق؛ لأنّها كما تصلح للتّلهّي تصلح لغيره، ولأنّ الفساد على

---

(١) انظر: مواهب الجليل ١٧٢/١، والشّرح الكبير والإنصاف ٥٤/١١.
(٢) انظر: مواهب الجليل ٦٧/٦، والشّرح الكبير والإنصاف ٣٣/١١.
(٣) انظر: الشّرح الكبير والإنصاف ٤٦/١١، والمحلّى ٤٩٢/٧-٤٩٣.
(٤) تقدّم تخريجه في القاعدة (٢٠/أ)، فقرة: الانتفاع من الأعيان النّجس.
(٥) انظر: مواهب الجليل١٣٨/١،و١٦٨،والمهذّب١٥/٢،وروضة الطّالبين٣٥٠/٣.

قدر الْمُفْسد؛ إذ الحكم يثبت بقدر العلّة(١).

المسألة السّابعة: أنّ النّرد والشّطرنج لهما منافع، منها التّلهّي الذي حُرِّمتا من جهته، وبقيت في غيرها مباحةً، فلا تُحرَم؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما منتفع به شرعاً من وجه آخر بأن يُجْعَل صنجات الميزان؛ فكان مالاً من هذا الوجه، فكان مَحلاًّ للانتفاع بالبيع، ومضموناً بالإتلاف، وهو قول أبي حنيفة(٢).

المسألة الثّامنة: الغُسَالة لا يجوز الانتفاع بها بالشّرب ولا التّطهير بها، ولكن يجوز الانتفاع بها ببلّ الطّين،وسقي الدّواب،ونحو ذلك، إذا لَم يتغيّر طعمها أو لونها أو ريحها؛ لأنّ ذلك دليلٌ على أنّ النّجس لَم يغلب على الطّاهر، والانتفاع بِما ليس بِنجس العين مباحٌ في الجملة، وإنْ تغيّرت تلك الأوصاف دلّ على أنّ النّجس غالبٌ فالْتُحق بالبول(٣).

المسألة التّاسعة: إذا وقعت الفأرة في السّمن فماتت فيه أنّه إن كان جامداً تُلْقَى الفأرة وما حولها، ويؤكَلُ الباقي، وإن كان ذائباً لا يؤكَل، ولكن يستصبح به ويدبغ به الجلد، ويجوز بيعه، وينبغي للبائع أن يبيِّن عيبه، فإن لَم يُبَيِّن وباعه ثم علم به المشتري فهو بالخيار إن شاء ردّه وإن شاء رضي به. به قال الحنفية(٤).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٧/٤، و٣٣٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٧/٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢٠٦/١-٢٠٧، وشرح القلشانِي ص ٤٥١، ومواهب الجليل ٢٣٧/١.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٢٠٧/١.

أدلّة جواز الانتفاع به ما يلي:

١- قوله ﷺ : «ألقوها وما حولها وكلوه»[١] لَمّا سُئِلَ عن فأرةٍ وقعت في سمنٍ فماتت فيه.

٢- وقوله ﷺ لَمَّا سُئِلَ عن فأرةٍ ماتت في سَمنٍ فماتت فيه: «تُلْقَى الفأرةُ وما حولها، ويؤكل الباقي»، فقيل يا رسول الله! أريت لو كان السّمن ذائباً؟ فقال: «لا تأكلوا، لكن انتفعوا به»[٢]، وهذا نصٌّ في المسألة، ولأنّها في الجامد لا تجاور إلاّ ما حولَها، وفي الذّائب تجاور الكلّ فصار الكلّ نجساً، وأكل النّجس لا يجوز، فأمّا الانتفاع بِما ليس بِنجس العين فمباحٌ كالثّوب النّجس[٣].

وقال الشّافعية: لا يجوز بيعه.

واستدلّ بأنّه ﷺ سُئِلَ عن سَمنٍ وقعت فيه فأرةٌ فماتت فقال: «إذا كان جامداً فأَلْقوها وما حولها وكلوا الباقي، وإن كان ذائباً فأريقوه»[٤].

---

(١) من حديث ابن عبّاس عن ميمونة رضي الله عنهم، تقدّم تخريجه في القاعدة [٢٠/أ]، في فقرة: تأثير النّجاسة بملاقاتها ووقوعها في الأعيان الطّاهرة.

(٢) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى، مرفوعاً وموقوفاً، وأمّا رفعه فلا يثبت؛ وأخرج وقفه على ابن عمر رضي الله عنهمافي فأرة وقعت في زيت فقال: «استصبحوا به وادهنوا به أدمكم»، قال الشّيخ عبد الرّزّاق الحلبي في تعليقه على حديث بدائع الصّنائع ٢٠٧/١: «وسنده على شرط الشّيخين؛ لأنّه من طريق الثّوري عن أيوب عن نافع عن ابن عمر»، كما في نيل الأوطار.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢٠٧/١.

(٤) أخرجه من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ابن أبي شيبة في مصنّفه ٢٨٠/٨، ونحوه الحديث المعلّق عند التّرمذي المتقدّم تخريجه، في فقرة: تأثير النّجاسة بملاقاتها ووقوعها في الأعيان الطّاهرة.

وجه الاستدلال منه: أنّه لو جاز الانتفاع به لَما أمر بإراقته، ولأنّه نجسٌ فلا يجوز الانتفاع به ولا بيعه، كالخمر[١].

أجيب عنه بأنّ أمره ﷺ بإلقاء ما حولها في الجامد، وإراقة الذّائب لبيان حرمة الأكل؛ لأنّ معظم الانتفاع بالسّمن هو الأكل[٢].

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ١/٢٠٧.
(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ١/٢٠٧.

المبحث السّادس: الضّابط: السّادس والأربعون [٤٦]

[كلّ ما[١] يجوز التّفاضلُ في الصّنف الواحد منه، يجوز فيه النّساءُ]

ذكر ابن رشد هذا الضّابط ضمن مسائل بيوع الرّبا، دليلاً للقول بمنع النّسَاءِ في غير المطعوم إذا اتّفقت منافعه مع التّفاضل ضبطاً ودليلاً؛ حيث قال: «فأمّا إذا اختلفت المنافع فالتّفاضل والنّسيئة عنده -مالك- جائزان، وإن كان الصّنفُ واحداً، وقيل: يعتبر اتّفاق الأسماء مع اتّفاق المنافع، والأَشْهَرُ أَلاَّ يُعتبَر، وقد يُعتَبَرُ»[٢].

---

(١) هنا زيادة: [لا] في أغلب نسخ بداية المجتهد المطبوعة، والصّحيح عدم إثباتها، كما في ٤/٥٠٨، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بتحقيق: الشّيخ عليّ محمّد معوض، والشّيخ عادل أحمد عبد الموجود، الطّبعة الأولى ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م، وأمّا إثباتها فلا يصحّ نظراً وعملاً.
أمّا من جهة النّظر فلأنّ سياق الكلام يقتضي عدم إثبات (لا)، ولا يستقيم المعنَى المراد معها.
أمّا من جهة العمل؛ فلأنّه غير واقعٍ أن يَحرُم التّفاضل في الصّنف الواحد، فيجوز فيه النّساء؛ فإنّ هذا خلاف ما أجمع عليه أهل العلم مِنْ أنّ كلّ ما لا يجوز التّفاضل في الصّنف الواحد منه، فلا يجوز فيه النّساء من باب أولى وأحرى؛ فحيث حَرُمَ التّفاضل حَرُم النّساء قطعاً؛ لأنّ تَحريم النّساء آكدُ، ولذلك جرى في الجنسين المختلفين، فإذا حُرِّم التّفاضل؛ فالنّساء أولى بالتّحريم.
وبالرّجوع إلى مصدر نقله، وكتب الشّافعية تبيّن أنّ الصّواب حذف (لا).
انظر: الاستذكار ٥/٣٦٧، والشّرح الكبير للدّردير ٣/٢٩، والمهذّب ٢/٤٩، والمغني ٦/٦١، والشّرح الكبير ١٢/٢١.

(٢) تقدّم توثيق هذا المذهب في مطلع القاعدة [٤١] حيث نُقِلَ المنقولُ نفسه، وكذلك بقيّة المذاهب.

وأمّا أبو حنيفة؛ فالمعتبر عنده في منع النَّسَاء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التّفاضل، هو اتّفاق الصّنف، اتّفقت المنافع أو اختلفت؛ فلا يجوز عنده شاةٌ بشاة، ولا بشاتين نسيئةً، وإن اختلفت منافعها.

وأمّا الشّافعي؛ **فكلّ ما يجوز التّفاضل عنده في الصّنف الواحد، يجوز فيه النَّسَاء**، فيجيز شاةً بشاتين نسيئةً ونقداً، وكذلك شاة بشاة.

ودليل الشّافعي حديث عمرو بن العاص –رضي الله عنه–؛ أنّ رسول الله ﷺ أمره أن يأخذ في قلائص الصّدقة البعير بالبعيرين إلى الصّدقة[١]؛ قالوا: فهذا التّفاضل في الجنس الواحد مع النَّسَاء»[٢].

توثيقه:

ورد مفاد هذا الضّابط في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في مختصر القدوري: «فالعلَّة فيه الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس، فإذا بيع المكيلُ أو الموزونُ بجنسه مِثْلاً بمِثْلٍ جاز البيعُ، وإن تفاضلا لَم يَجُز، ولا يجوز الجيد بالرّديء ممّا فيه الرِّبَا إلاّ مثلاً بمثْلٍ، فإذا عُدِمَ الوصفان: الجنس والمعنَى المضمون إليه حَلَّ التّفاضل والنَّسَاء، وإذا وُجدا حَرُمَ التّفاضل والنَّسَاء، وإذا وُجِدَ أحدُهما وعُدِمَ الآخرُ حلَّ التّفاضلُ وَحَرُمَ النَّسَاءُ»[٣].

ما جاء في بدائع الصّنائع: «فإن اختلف الأصلان، فهما جنسان مختلفان؛ كالشّاة الحيّة مع لحم الإبل والبقر؛ فيجوز بيع البعض بالبعض

---

(١) تقدّم تخريجه في القاعدة[٤١]، من خلال ذكر قول ابن رشد.

(٢) بداية المجتهد ٢٥٧/٣.

(٣) مختصر القدوري الحنفي ص ٨٧.

مُجازفةً نقداً ونَسيئةً؛ لانعدام الوزن والجنس، فلا يتحقّق الرّبا أصلاً»[١].

ما جاء في المعونة: «كلّ جنسٍ جاز التّفاضل بين مهمله ومعموله، فلا رِبا فيه أصله التّراب والقصب»[٢].

ما جاء في الاستذكار: «قال الشّافعي: كلّ ما يَخرجُ من المأكول والمشروب، والذّهب والفضّة؛ فلا بأس ببيع بعضه ببعضٍ مُتفاضلاً أو إلى أجلٍ، كان من صنفٍ واحدٍ، أو مِنْ صنفين»[٣].

ما جاء في مواهب الجليل: «حَرُمَ ربا وفَضْلٌ نَسَاءٌ في نقد ربويٍّ إن اتّحد الجنس، وإلاّ فالنَّسَاء، وإن غير رِبَوِيين، وقد عُلِمَ أنّ كلَّ ما يدخله ربا الفضل فإنّ ربا النَّسَاء يدخله، وليس كلّ ما يدخله ربا النَّسَاء يدخله ربا الفضل؛ كالطّعام الذي ليس بِرِبَوِيٍّ»[٤].

ما جاء في المهذّب: «وما سوى الذّهب والفضّة، والمأكول والمشروب، لا يَحرُم فيها الرِّبا؛ فَيَجوز بيعُ بعضها ببعضٍ مُتَفاضِلاً ونَسيئةً، ويَجوز فيها التّفرّق قبل التّقابض»[٥].

وفيه أيضاً: فأمّا ما يَحرُم فيه الرِّبا، فينظر فيه؛ فإنْ باعه بِجنسه حَرُمَ فيه التّفاضلُ والنَّسَاءُ، والتّفرّقُ قبل التّقابض، فإن باعه بغير جِنسه نظرت: فإن كان مِمّا يَحرُم فيهما لعِلّةٍ واحدةٍ كالذّهب والفضّة جاز فيه

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٤١١.
(٢) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ٢/٩٦٠.
(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥/٣٦٧، و٤٢٤، وانظر: المهذّب ٢/٤٩.
(٤) مواهب الجليل للحطاب ٦/١٢٥.
(٥) المهذّب للشّيرازي ٢/٤٩، وانظر: المجموع ٩/٣٠٣.

التّفاضلُ، وحَرُمَ النَّسَاءُ، والتّفرّقُ قبل التّقابض، وإن كان مِمّا يَحرُم فيهما الرّبا بعلّتين؛ كبيع الحنطة بالذّهب، والشّعير بالفضّة حلّ فيه التّفاضلُ والنَّسَاءُ، والتّفرّقُ قبل التّقابض؛ لإجماع الأمّة على جواز إسلام الذّهب والفضّة في المكيلات المطعومة[1].

ما جاء في منتهى الإرادات: «يَحرُم ربا النَسيئة بين ما اتّفقا في عِلّة ربا الفضل -وهي الكيل والوزن وإن اختلف الجنس-، كمُدِّ بُرٍّ بمثله...، فيشترط حلولٌ وقبضٌ بالمجلس، لا إن كان أحدهما نقداً إلاّ في صرفه بفلوسٍ نافقة.

ويَحِلُّ نَسَاءٌ في مكيلٍ بموزونٍ، وفيما لا يدخله ربا فضلٍ؛كثيابٍ وحيوانٍ وتِبْنٍ»[2].

شرح مفردات الضّابط:

التّفاضل من الفضل، وهو الزّيادة[3].

الصِّنْف لغة: الطّائفة من كلّ شيءٍ، وقيل: هو النّوع والضّرب، ويُجْمَع الصِّنف على: أَصْنَاف، مثل: حِمْلٍ: أَحْمَال، ويُجْمَع الصَّنْفُ على: صُنُوفٍ، مثل: فَلْسٍ: فُلُوسٌ، والتّصنيف: تَمييز الأشياء بعضها مِن بعضٍ[4].

والصِّنْفُ الواحد، أي: الجنس الواحد، والْجِنْسُ الضّرب من كلّ شيءٍ،

(١) انظر: المهذّب للشّيرازي ٢/٥٠-٥١، وروضة الطّالبين ٣/٣٨٠.

(٢) منتهى الإرادات١/٢٧١-٢٧٢، وانظر: المغني ٦/٦٢، و٦٤-٦٦، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٦٠-٢٦١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٠، والفواكه الدّواني ٢/٧٨.

(٤) انظر: أساس البلاغة ص ٣٦٣، والمصباح المنير ص ١٣٣.

والجمع: أَجْنَاسٌ، وهو أعمّ من النّوع؛ فالحيوان جِنْسٌ، والإنسانُ نوعٌ، يقال: هذا يُجَانِسُ هذا، أي: يشاكله، وفلانٌ لا يُجانِس النّاس، إذا لَمْ يكن له تَمييزٌ ولا عقلٌ[1].

والصِّنْفُ الواحد، أو الْجِنْسُ الواحد بِمعنًى واحد في باب الرِّبويّات[2].

النَّسَاءُ، والنَّسِيئَةُ، هو اسمٌ من: نَسَأَ الشّيء، أي: أَخَّرَ وأَنْسَأَ: بِمعنَى التّأخير[3].

الْمعنَى الإجمالي للضّابط:

هذا الضّابط مُهمٌّ في بابه؛ لتعلّقه بِمعاش الإنسان في مأكله ومشربه، يُبيِّن له الحلال ليطلبه، والحرام ليجتنبه؛ حيث يعالج مسألةً من مسائل البيوع المنهي عنها شرعاً، وهي بيوع الرّبا، واتّفق[4] أهل العلم على أنّ الرّبا يَتحقّق في عقود المعاملات؛ كالبيوع، وفيما تقرّر في الذّمة من بيعٍ، أو سَلَمٍ، أو قرضٍ.

وأمّا الرّبا فيما تقرّر في الذّمة فهو صِنفان:

صِنْفٌ مُتّفقٌ عليه، وهو ربا الجاهلية الذي نُهِيَ عنه، وذلك أنّهم كانوا يسلفون بالزّيادة وينظرون؛ فكانوا يقولون: أنظرني أزدك، وهو

---

(١) انظر: أساس البلاغة ص ١٠٢، والمصباح المنير ص ٤٣.

(٢) انظر: الهداية ٣/٦٣-٦٥، والمعونة ٢/٩٥٥، والمهذّب ٢/٥١، والمغني ٦/٧٦.

(٣) انظر: طلبة الطّلبة ص ٢٣٩، والمصباح المنير ص٢٣١، وأنيس الفقهاء ص ٧٧، والفواكه الدّواني ٢/٧٨، والمجموع ٩/٣٠٦، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٥٩، و٣٦٠، وفتح الباري ٤/٤٤٦.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٠، و٤٠٨، والمعونة ٢/٩٥٥، والتّلقين ص ٣٦٥، وبداية المجتهد ٣/٢٤٥، وعقد الجواهر ٢/٦٣٢-٦٣٣، والمهذّب ٢/٤٦، والمجموع ٩/٢٩٤، وشرح مسلم ٨/٤١٢، والمحلّى ٧/٤٠١-٤٠٢.

الزّيادة في الأجل، يكون بإزائه زيادةٌ في الثّمن، وذلك أنّهم كانوا يتبايعون بالدَّين إلى أجل، فإذا حلّ الأجلُ قال صاحب المال: إمّا أن تقضي، وإمّا أن تربي، فحرّم الله ذلك في كتابه، وعلى لسان رسوله، واجتمعت عليه أمّته.

وهذا هو الذي عناه ﷺ بقوله في حَجَّة الوداع[1]: «ألا كُلُّ شيءٍ مِنْ أَمْرِ الْجَاهلية تَحْتَ قَدَمَيَّ مَوضُوعٌ...، وربا الْجَاهلِيَّة مَوضُوعٌ، وأوَّلُ ربا أَضَعُ رِبَانا؛ رِبَا عَبَّاس بن عبد المطلب...»[2]؛ حيث أبطل ﷺ أفعال الجاهلية وبيوعها التي لم يتّصل بها قَبْضٌ[3].

والصِّنْفُ الثّاني: ضَعْ وَتَعَجَّل، وهو قول صاحب المال للذي عليه الدَّين: ضَعْ وتَعَجَّلْ، وهو مختلفٌ فيه، فَمَن حرَّمه أَلْحقَه بالذي ورد به القرآن.

ومَنْ رخص فيه لم يكن عنده من هذا الباب، وجعله من باب المعروف[4].

وأمّا الرّبا في البيع؛ فإنّ العلماء أجمعوا[5] على أنّه صِنْفان:

---

(١) حَجَّة الوداع، هي حَجَّة النَّبيّ ﷺ بأصحابه، وكانت سنة عشر من الهجرة النّبويّة الشّريفة، وهي آخر عهد البعثة حين تَمَّت الشّريعة وأركانها، وآخر سفراته ﷺ، مات بعد قدومه بقليلٍ دون ثلاثة أشهر.
انظر: فتح الباري ١/ ١٣٠، و١٤٦، و٢١٧، و٢/ ٢٣٠، و٣/ ٤٦٢، و٤٧٥، و٦٣٩.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ٢/ ٨٨٩، كتاب الحجّ، باب حجّة النَّبيّ ﷺ، برقم: (١٢١٨).

(٣) انظر: شرح مسلم ٨/ ٤١٢.

(٤) انظر: التّمهيد ١٢/ ١٤٠، والمجموع ٩/ ٢٩٥.

(٥) إلاّ ما يُروَى عن ابن عمر وابن عبّاس رضي الله عنهم، وغيره أنّهم كانوا قصّروا الرّبا في النَّسيئة فقط، ولم يروا بأساً بربا الفضل، وقد ثبت رجوعهما عن هذا القول لَمّا بلغهما حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عن الجميع، أخرجه مسلم في صحيحه ٣/ ١٢١٦-١٢١٧، كتاب المساقاة، باب بيع الطّعام مثلاً بِمثلٍ، برقم: (١٥٩٤/ ٩٩-١٠٠).

تفاضلٌ ونَسيئةٌ.

ربا الفضل هو: زيادة عين مال، شُرِطَتْ في عقد البيع على المعيار الشّرعِيّ، وهو الكيل أو الوزن مع الطّعم[1].

وربا النَّسيئة هو: فضل الحلول على الأجل، وفضل العين على الدَّين في المكيلين، أو الموزونين عند اختلاف الجنس، أو في غير المكيلين ولا الموزونين عند اتّحاد الجنس، أو فضل الحلول على الأجل في المطعومات والأثمان خاصّة[2].

وموضوع القاعدة هو ضبط الأشياء التِي يجوز فيها أمران جميعاً، أعنِي: ربا الفضل وربا النَّسيئة، ودراسة هذا الموضع تقتضي النّظر في مسائل، تأتِي في فقرة موقف المذاهب الفقهية من الضّابط.

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

أوّلاً: أجمع الفقهاء على أنّه لا يجوز بيعُ ربويٍّ بجنسه وأحدهما مؤجّلٌ.

=

وانظر: مختصر القدوري ص ٨٧، وبدائع الصّنائع ٤/ ٤٠٠، و٤٠٣، و٤٠٧، والهداية ٦١/٣، والمعونة ٢/ ٩٥٦-٩٥٧، والتّلقين ص ٣٦٥، والتّمهيد ١٢/ ١٤٠، والاستذكار ٣٣٥/٥، و٣٦٢-٣٦٣، و٣٦٦، وبداية المجتهد ٢٤٥/٣، وعقد الجواهر ٦٢٩/٢، وحاشية الدّسوقي ٢٨/٣، والمهذّب ٢/ ٥٠-٥١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٦/١٢، ومنتهى الإرادات ٢٦٩/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٥/٣، وشرح مسلم ٢٦/١١-٢٧، وفتح الباري ٤٤٦/٤.

(١) انظر: بدائع الصّنائع٤/ ٤٠٠، والتّلقين ص٣٦٦، والقوانين الفقهية ص١٦٦، وروضة الطّالبين ٣٨٢/٣، ومنتهى الإرادات ٢٦٩/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٧/٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/ ٤٠٠، و٤٠٧، والتّلقين ص ٣٦٨، وعقد الجواهر ٦٢٩/٢، وروضة الطّالبين ٣٧٩/٣-٣٨٣، ومنتهى الإرادات ٢٦٩/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٧/٣، وفتح الباري ٤٤٧/٤.

وأجمعوا على أنّه لا يجوز التّفاضلُ إذا بيع بجنسه حالاً؛ كالذّهب بالذّهب.

وأجمعوا على أنّه لا يجوز التّفرّقُ قبل التّقابض إذا بيع بجنسه، أو بغير جنسه ممّا يشاركه في العلّة، كالذّهب بالفضّة.

وأجمعوا على أنّ التّفاضلَ والنَّسَاءَ لا يجوز واحدٌ منهما في الصِّنْفِ الواحدِ من الأصناف الرّبويّة.

وأجمعوا على أنّه إذا بِيعَ رِبَوِيٌّ بِرِبَوِيٍّ من جِنْسِهِ حالاً، مِثْلاً بِمِثْلٍ، يَدًا بِيَد جاز.

وأجمعوا على أنّه يجوز التّفاضل عند اختلاف الجنس إذا كان يداً بيد، كصاع حنطةٍ بصاعَي شعير.

وأجمعوا على أنّ بيع ربويٍّ بربويٍّ لا يشاركه في العلّة متفاضلاً ونسيئةً جائزٌ؛ كبيع الذّهب بالحنطة[1].

مستند إجماعاتهم:

١-حديث عبادة بن الصّامت ﷺ قال: إنّي سَمعتُ رسول الله ﷺ يَنْهَى عن بَيعِ الذَّهْبِ بالذَّهْبِ، والفِضَّةِ بالفِضَّةِ، والبُرِّ بالبُرِّ، والشَّعيرِ

---

(١) انظر: إجماع ابن المنذر ص ٥٣-٥٤، ف(٤٨٢-٤٨٣، ٤٨٧-٤٨٨)، وإجماع ابن حزم ص٨٣-٨٥، ومختصر القدوري ص ٨٧، وبدائع الصّنائع ٤/٤٠٠-٤١٨، والهداية ٣/٦١، والمعونة ٢/٩٥٥-٩٥٩، والتّلقين ص ٣٦٥-٣٦٩، والتّمهيد ١٢/١٤٥-١٤٩، والاستذكار ٥/٣٦٦، و٣٧٢، والمقدّمات ٢/٣٧، وبداية المجتهد ٣/٢٤٧-٢٤٩، والمهذّب ٢/٤٦-٥٥، والمغني ٦/٥٤، ومنتهى الإرادات ١/٢٦٩-٢٧٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٧، وشرح مسلم ١١/١٢، وفتح الباري ٤/٤٤٦.

بالشَّعيرِ، والتَّمْرِ بالتَّمْرِ، والْمِلْحِ بالْمِلْحِ إلاّ سَواءً بِسَوَاءٍ، عَيناً بِعَينٍ، فَمَنْ زَادَ أو ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى»[١].

٢-وفي رواية عن عبادة بن الصّامت ﷺ أيضاً قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهْبُ بالذَّهْب، والفضَّةُ بالفضَّة، والبُرُّ بالبُرِّ، والشَّعيرُ بالشَّعيرِ، والتَّمْرُ بالتَّمْرِ، والْمِلْحُ بالْمِلْحِ، مِثْلاً بمثْلٍ، سَواءً بسَوَاءٍ، يَداً بيَدٍ، فإذا اختلفت هذه الأصْنَافُ فَبيعُوا كَيفَ شِئْتُم إذا كان يَداً بيدٍ»[٢].

قال في التّمهيد فيه: «هو عند جماعةٍ من فقهاء الأمصار أصلُ ما يدور عليه عندهم معاني الرّبا»[٣].

وقال في المجموع فيه: «المراد: جواز التّفاضل في هذه الأصناف إذا اختلفت، ومنعها إذا اتّفقت لا منعه في غيرها»[٤].

وقال في المغني: إنّ من أتمّ الأحاديث في باب الرّبا حديث عبادة[٥].

٣-وحديث أبي سعيدالخدري ﷺ أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تَبيعُوا الذَّهْبَ بالذَّهْب إلاّ مثْلاً بمثْلٍ، ولا تُشفّوا بعضها على بعضٍ، ولا تَبيعُوا الوَرِقَ بالوَرِق إلاّ مثْلاً بمثْلٍ، ولا تُشفّوا بعضها على بَعْضٍ، ولا تَبيعُوا منْهَا غَائباً بنَاجزٍ»[٦].

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١٢١٠/٣، كتاب المساقاة، باب الصّرف...، برقم: (١٥٨٧).
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١٢١١/٣، الموضع السّابق، برقم: (١٥٨٧/٨١).
(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٣٩/١٢.
(٤) المجموع للنّووي ٣٠٤/٩.
(٥) انظر: المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٥٣/٦.
(٦) تقدّم تخريجه في القاعدة (٣٩)، الدّليل (٢) من مستند الإجماع.

٤-وفي لَفْظ، عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: قال رسولُ الله ﷺ: ((الذَّهْبُ بالذَّهْب، والفضَّةُ بالفضَّة، والبُرُّ بالبُرِّ، والشَّعيرُ بالشَّعير، والتَّمْرُ بالتَّمْر، والْملْحُ بالْملْح، مثْلاً بمثْلٍ، يَداً بيَد، فَمَنْ زادَ أوِ اسْتَزَادَ فقد أَرْبَى، الآخذُ والْمُعْطي فيه سواءٌ))[١].

٥-وأمّا منع النَّسيئة فيها فثابتٌ من غير ما حديث أشهرها حديث عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((الوَرِقُ بالذَّهْب رِباً إلاّ هَاءَ وَهَاء، والبُرُّ بالبُرِّ ربا إلاّ هَاءَ وَهَاءَ، والشَّعيرُ بالشَّعيرِ رِباً إلاّ هَاءَ وَهاءَ، والتَّمْرُ بالتَّمرِ رِباً إلاّ هَاءَ وهَاءَ))[٢].

فتضمّن حديث عبادة منع التَّفاضل في الصّنف الواحد، وتضمّن أيضاً منع النَّسَاءِ في الصِّنفين من هذه الأصناف، وإباحة التّفاضل إذا اختلفت الأصناف مشروطةً بالتّقابض في مجلس العقد[٣].

مسألة: الأصناف الرِّبويّة:

لا خِلاف بين أهل العلم في تحريم الرّبا بِنوعيه في الأصناف السّتة المذكورة في الأحاديث السّابقة، وهي: الذّهب، والفضّة، والبرّ، والشَّعير، والتَّمْر، والْمِلح[٤].

واختلفوا فيما سوى هذه السّتة المنصوص عليها، هل يجري فيها

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١٢١١/٣، باب الصّرف...، برقم: (١٥٨٤).
(٢) تقدّم تَخريجه في القاعدة (٣٩)،الدّليل(١) من مستند الإجماع،واللّفظ هنا لِمسلمٍ.
(٣) انظر: التّمهيد ١٣٩/١٢، والمنتقى ١٦٨/٦.
(٤) انظر: إجماع ابن المنذر ص ٥٤، ف (٤٨٧)، ومختصر القدوري ص ٨٧، والمنتقى ١٦٨/٦، وبداية المجتهد ٢٤٧/٣، والمجموع ٢٩٦/٩، و٣٠٣، ومنتهى الإرادات ٢٧٠/١.

الرّبا أم لا؟

وسبب اختلافهم يرجع إلى أمرين[١]:

أوّلاً: أذكرها مِنْ باب خاصٍ أريد به عامٌ أم لا؟

ثانياً: اختلافهم في الأخذ بالقياس، فصار لهم مذهبان:

المذهب الأوّل: قصر الرّبا بنوعيه على هذه السّتة فقط لا غير. وبه قال الظّاهرية نفاة القياس، ووافقهم مَنْ يرى من أهل العلم أنّ ذكر الأصناف السّتة مِنْ قبيل الخاص أريد به الخاص[٢].

المذهب الثّاني: أجمع القائلون بالقياس على أنّ الأصل معلولٌ في هذا الباب، وأنّ ذكر الأصناف السّتة إنّما هو مِن باب الخاصّ أريد به العام؛ فيُلْحَقُ المسكوتُ بالمنطوق. وهذا مذهب الجمهور من فقهاء الأمصار، ومنهم المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة[٣].

والذي يترجّح في نظري هو مذهب جمهور أهل العلم القاضي

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٠، وبداية المجتهد ٣/٢٤٩-٢٥٠، والمجموع ٩/٢٩٦، و٣٠٣، والمغني ٦/٥٤.

(٢) وممَّنْ رُوِيَ عنهم القول به: طاووس، ومسروق، والشّعبي، وقتادة، وعثمان البتّي. انظر: التّمهيد ١٢/١٤١، و١٥٢، والاستذكار ٥/٣٦٧، وبداية المجتهد ٣/٢٤٨-٢٤٩، والمجموع ٩/٢٩٦-٢٩٧، و٣٠٣، والمغني ٦/٥٤، و٥٨، والمحلّى ٧/٤٠١-٤٢٩-٤٣٢-٤٣٨.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، بدائع الصّنائع ٤/٤٠٠-٤٠١، والهداية ٣/٦١، والمعونة ٢/٩٥٥-٩٦٣، وبداية المجتهد ٣/٢٤٩، ومواهب الجليل ٦/١٩٧، والمهذّب ٢/٤٦-٥٤، والمجموع ٩/٢٩٤-٣٠٠-٣٠٣-٣٠٧، والمغني ٦/٥٣-٦١، والشّرح الكبير ١٢/٦-٧، ومنتهى الإرادات ٢٦٩-٢٧٢.

بتعدية الرّبا بنوعيه إلى غير الأصناف السّتة المنصوص عليها، وإلحاق المسكوت بالمنطوق، وجريانه فيما تَحقَّق فيه العلّة التي من أجلها حَرُم الرّبا في المذكورة.

لأنّ الصّحيح ثبوت القياس عقلاً وشرعاً، وثبوت حجّيّته بأدلّة من الكتاب والسّنة والمعقول؛ لأنّ الحوادث في المعاملات لا تنقضي، وبالنّاس حاجةٌ إلى معرفة الحكم؛ فلولا القياس لَخَلَت حوادثُ كثيرةٌ عن حكمٍ شرعِيٍّ،لكثرتها وقلّة النّصوص،وإذا ثبت أنّ القياس دليلٌ شرعِيٌّ، وجب استخراج عِلّة هذا الحكم، وإثباته في كلّ موضعٍ ثبتت عِلّتُهُ فيه[1].

مسألة: علّة تحريم الرِّبا:

إذا ثبت أنّ الرّاجح هو مذهبُ الجمهورِ القاضي بإلحاق المسكوت عنه بالأصناف المنصوص عليها، فما هي العلّة التي من أجلها حَرُمَ الرّبا بنوعيه في المنصوص عليها، حتّى تُشْتَرط في ثبوت تحريم الرّبا فيما يُلْحَق بها مِما عداها، والقياس في هذا الباب هو قياس الشّبه لا قياس العلّة[2]؛

---

(١) انظر مثلاً: المعونة ٩٥٧/٢، وشرح تنقيح الفصول ص ٢٩٩، والمجموع ٢٩٧/٩، والمغني٦/٥٤، وإعلام الموقّعين ص ١٠٩ فما بعدها، وشرح مختصر الرّوضة ٢٤٧/٣-٢٦٦-٢٩٠، وشرح منتهى الإرادات٢٤٦/٣، وفتح الباري٣٦٤/١٣.

(٢) قياس العلّة وقياس الشّبه مسلكان من مسالك العلّة، وقياس العلّة هو: الجمع بين الأصل والفرع بالوصف المناسب؛ لأنّ الحكم ثبت في الفرع بعلّة الأصل؛ كثبوت التّحريم في النَّبيذ بعلّة الإسكار التي ثبت بها تَحريمُ الخمر.
وقياس الشّبه هو: الجمع بين الأصل والفرع بوصفٍ شَبَهي، وهو ما نَزَل عن المناسب وارتفع عن الطّردِيّ، أو ما توهّم اشتماله على المصلحة، ولم يقطع بها فيه.
واختلف في حجّيّته، والصّحيح حجّيّته والعمل به.

=

وذلك أنّ جميع مَنْ أَلْحَق المسكوت هاهنا بالمنطوق به فإنّما أَلْحَقوه بقياس الشّبه لا بقياس العلّة[1].

اختلف العلماءفي هذه الجزئيات اختلافاً كثيراً،قد أوصل بعض أهل العلم أقوالهم فيها إلى عشرة[2]، ولكنّي سأقتصر على أقوال المذاهب الفقهية الأربعة فقط؛ لأنّها هي أقواها، وأمّا ما سواها فهي ضعيفةٌ، أو أنّها راجعةٌ في الجملة إلى المذكورة، وأيضاً لَمّا كانت الأصناف السّتة على نوعين: أَثْمَانٌ وغيرها، سأفرد كلّ نوعٍ بدراسةٍ على النّحول التّالي:

مذاهب العلماء في علّة تحريم الرّبا في النّقدين: الذّهب والفضّة:

المذهب الأوّل: العلّة هي مطلق الثّمنية، يعني: كونهما رؤوساً للأثْمان وقِيَماً للمُتْلَفَات، والجنسية شرطٌ، والتّساوي في المعيار الشّرعيِّ مخلصٌ، فكلّ ما كان ثَمَناً أو قيمةً للمُتْلَفَات حَرُمَ فيه الرّبا، وهذه العلّة قاصرةٌ على الذّهب والفضّة فقط، فهما صِنْفٌ رِبَوِيٌّ واحدٌ.

=

انظر: وشرح تنقيح الفصول ص ٣٠٢-٣٠٩، إعلام الموقّعين ص ١١٢، و١٢١، وشرح مختصر الرّوضة ٣/٢٥٦، و٤٢٤، و٤٢٩، و٤٣٠، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٠٢، و٣٠٤، و٣٠٧، و٣١٦-٣٢٣، ونثر الورود ص ٤٧٧، وو٤٩٠، و٥٠٩-٥١٥.

(١) إلاّ ما حُكي عن عبد الملك بن الماجشون من المالكية أنّه اعتبر في ذلك المالية، وقال علّة الرّبا إنّما هي حياطة الأموال، يريد منع العين.

انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠١، والهداية ٣/٦٢، والمعونة ٢/٩٥٨-٩٥٩، والتّمهيد ١٢/١٣٩، والمنتقى ٦/١٦٨، وبداية المجتهد ٣/٢٥٠، ومواهب الجليل ٦/١٩٨، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٦.

(٢) انظر: المنتقى ٦/١٦٩، ومواهب الجليل ٦/١٩٧-١٩٩، والمجموع ٩/٣٠٠، و٣٠٣، والمغني ٦/٥٤-٥٨، والشّرح الكبير ١٢/٩-١٤.

وهذا هو مذهب المالكية والشّافعية، ورواية عند الإمام أحمد[١].

قالوا: لأنّ الأصل هو الحرمة، لذلك اشترط شرطان: التّقابض والمماثلة، وكلّ ذلك يشعر بالعزّة والخطر؛ كاشتراط الشّهادة في النّكاح؛ فيعلّل بعلّة تناسب إظهار الخطر والعزّة وهو الطّعم لبقاء الإنسان به، والثّمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها، ولا أثر للجنسية في ذلك فجعل شرطاً[٢].

ولأنّه لا يجوز أن يكون تَحريم الرّبا لِمعنًى يتعدّاهما إلى غيرهما من الأموال؛ لأنّه لو كان لِمعنًى يتعدّاهما إلى غيرهما لَم يَجُز إسلامُهما فيما سواهما مِنَ الأموال؛ لأنّ كلّ شيئين جَمعتْهُما عِلّةٌ واحدةٌ في الرّبا لا يَجوز إسلامُ أحدهما في الآخر؛ كالذّهب والفضّة والشّعير، فَلَمّا جاز إسلامُ الذّهب والفضّة في الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال، دلّ على أنّ العلّة فيهما لِمعنًى لا يتعدّاهما، وهو أنّه مِنْ جنس الأثْمان[٣].

المذهب الثّاني: العلّة هي الوزن مع الجنس، وبه قال الحنفية وعليه المذهب عند الحنابلة،ويعبِّر الحنفية عن الكيل أو الوزن بالقدر أي:التّقدير[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠١/٤، والمعونة ٩٦٠/٢، والتّمهيد ١٤٠/١٢، و١٤٩، والمقدّمات ٣٥/٢، وبداية المجتهد ٢٤٩/٣، وعقد الجواهر ٦٣٠/٢-٦٣١، والمهذّب ٤٦/٢، والمجموع ٢٩٦/٩، و٢٩٨، و٣٠٣-٣٠٥، وروضة الطّالبين ٣٧٩/٣-٣٨٠، و٣٨٢، والمغني ٥٦/٦، وعمدة الأحكام ص ٧٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠١/٤-٤٠٢، والهداية ٦١/٣.

(٣) انظر: المهذّب ٤٦/٢-٤٧، والمجموع ٢٩٧/٩، والمغني ٥٦/٦، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٣.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، وبدائع الصّنائع ٤٠١/٤، والهداية ٦١/٣، والمغني =

قالوا: إنّ المماثلة شرطٌ في البيع، وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع؛ إذ هو ينبئ عن التّقابل، وذلك بالتّماثل أو صيانة لأموال النّاس عن الغبن، أو تتميماً لفائدة باتّصال التّسليم به، ثم يلزم عند فوته حرمة الرّبا، والمماثلة بين الشّيئين باعتبار الصّورة والمعنَى، والمعيار يسوّي الذّات، والجنسية تسوّي المعنَى؛ فيظهر الفضل على ذلك؛ فيتحقّق الرّبا؛ لأنّ الرّبا هو الفضل المستحقّ لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوضٍ شُرِطَ فيه،ولا يُعْتَبَر الوصفُ؛ لأنّه لا يُعَدّ تفاوتاً عرفاً، أو لأنّ في اعتباره سدَّ باب البياعات،والطّعم والثّمنيةمن أعظم وجوه المنافع،والسّبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدّة الاحتياج إليها دون التّضييق فيه،فلا معتبر بما ذكره[1].

ولعلّ الرّاجح هو المذهب الأوّل القائل إنّ علّة الرّبا في النّقدين مطلق الثّمنية، وذلك لقوّة تعليله، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

المسألة الأولى: مذاهب العلماء في علّة تحريم الرّبا في الأصناف الأربعة غير النّقدين:

أوّلاً: سبب اختلافهم هو اختلاف وجهات نظرهم في استنباط الشّبه الذي اعتبروه في إلْحاق المسكوت بالمنطوق به من هذه الأربعة[2].

المذهب الأوّل: العلّة هي الطّعم بشرط الكيل أو الوزن، فكلّ ما كان مطعوماً مكيلاً، أو مطعوماً موزوناً حَرُمَ فيه الرّبا، وإلاّ فلا. وبه قال

=

٦/٥٤-٥٥، وعمدة الأحكام ص ٧٧، ومنتهى الإرادات ١/٢٦٩، و٢٧٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٦.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠١، والهداية ٣/٦١، والمغني ٦/٥٦-٥٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٠-٤٠١، والهداية ٣/٦٢، وبداية المجتهد ٣/٢٥٠.

الشّافعي في القديم، وروايةٌ عن الإمام أحمد، وهو قول سعيد بن المسيّب، واختيار ابن رشد[١].

من أدلّة هذا القول:

١-قول سعيد بن المسيّب: «لا رِبا إلاّ في ذَهبٍ أو في فِضّة، أو ما يُكَالُ أو يُوزَن، بما يُؤْكَلُ أو يُشْرَبُ»[٢]، وهذا نَصٌّ في المَوضوعِ[٣].

٢-حديث مَعمر بن عبد الله رضي الله عنه، أنّه قال: كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: «الطّعَامُ بالطَّعَامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ»[٤]، وذلك:

---

(١) كما اختاره ابن قدامة، وضعّفه النّووي. انظر: التّمهيد١٢/٥٩، والمنتقى ٦/١٦٩، وبداية المجتهد ٣/٢٥١، و٢٥٣، والمهذّب ٢/٤٨، والمجموع ٩/٣٠٠، و٣٠٣-٣٠٥، وروضة الطّالبين ٣/٣٧٩، و٣٨٤، والمغني ٦/٥٦-٥٧، و٦٩-٧٠، وعمدة الأحكام ص ٧٨، والإنصاف ١٢/١٦، ومنتهى الإرادات ١/٢٦٩، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٥، و٢٤٦.

(٢) أخرجه مالك في موطّئه ٢/٦٣٥، كتاب البيوع، باب بيع الذّهب بالفضّة تِبراً وعيناً، برقم: (٣٧).
وقد رُوِيَ مرفوعاً إلى النّبيّ ﷺ ، كما في سنن الدّارقطني ٣/٤٠٠، برقم: (٢٨٣٤)، ولكن لا يصحّ رفعه. قال الدّارقطني: «هذا مرسَلٌ، ووهِم المبارك على مالك برفعه إلى النّبيّ ﷺ ، وإنّما هو من قول سعيد بن المسيب مرسلٌ».
وقد أطال ابن حزم في المحلّى ٧/٤٢٢-٤٢٤ الكلام في تعليله من جهة الإسناد والمعنَى، والخلاصة أنّ الحديث ضعيف.
ولكن معناه صحيحٌ، وله أصلٌ في الصّحيحين، كما في حديث أبي سعيد الخدريّ رضي الله عنه الذي قبله، والله تعالى أعلم بالصّواب، وانظر: المجموع ٩/٢٩٧، والمغني ٦/٥٦.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٢، والتّمهيد ١٢/٦٢-٦٣، وبداية المجتهد ٣/٢٥٣، والمغني ٦/٥٦، والشّرح الكبير ١٢/١٣، وفتح الباري ٤/٤٩٠.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢١٤، كتاب المساقاة، باب بيع الطّعام مثلاً بِمثلٍ، برقم: (١٥٩٢).

٣-لأنّ الْمُمَاثلة لا تكون إلاّ بالكيل أو الوزن؛ فدلّ على أنّه لا يَحْرُم إلاّ في مطعومٍ يُكَالُ أو يُوزَن، فعلى هذا، لا ربا فيما لا يُكَال ولا يوزن من الأطعمة؛ كالرّمّان، والسّفرجل، والقِثّاء، والبطّيخ وما أشبهها[(١)].

المذهب الثّاني: العلّة الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس مطلقاً، أي: سواء كان مطعوماً أو غير مطعومٍ، فكلّ ما كان مكيلاً أو موزوناً، مُتَّفِق الجنس حَرُمَ فيه ربا الفضل، وإنْ لم يكن مطعوماً، وأمّا تحريم النَّسَاء فيثبت بأحدهما؛ لأنّ الصِّنْف وحده بانفراده يُحرِّم النَّسَاءَ، وبه قال الحنفية، وعليه المذهب عند الحنابلة، وقولٌ للشّافعية، وهو مُعبّر عنه عند الحنفية بالقدر، أي: التّقدير بالكيل أو الوزن عند اتّحاد الجنس[(٢)].

ولهم أدلّةٌ من الكتاب والسّنة والمعقول منها:

١-قوله تعالى: ﴿ **فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ** ﴾[(٣)].

---

(١) انظر: المهذّب ٢/٤٨-٤٩، والمجموع ٩/٣٠٠، وروضة الطّالبين ٣/٣٧٩، و٣٨٤، ومختصر الخرقي ٦/٦٤، والمغني ٦/٥٦-٥٧.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، وبدائع الصّنائع ٤/٤٠١-٤٠٤-٤٠٥-٤٠٩، والهداية ٣/٦١-٦٢، والتّمهيد ١٢/١٢٣، و١٣٩، و١٤٩، وبداية المجتهد ٣/٢٥٣، والمهذّب ٢/٤٨، و٥٣، والمجموع ٣٣-٣٠٥، ومختصر الخرقي ٦/٥٣، والمغني ٦/٥٤-٥٨، والإنصاف ١٢/١٠-١٢، ومنتهى الإرادات ١/٢٦٩، و٢٧٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٥، و٢٤٦، و٢٥٦، ٢٥٩.

(٣) سورة الأعراف، الآية: ٨٥.

٢-وقوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾[١].

٣-وقوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ ﴿١٨١﴾ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ﴿١٨٢﴾ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾[٢].

٤-وقوله تعالى: ﴿ وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ ﴿١﴾ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ﴿٢﴾ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴾[٣].

وجه الاستدلال من الآيات: حيث جعلت الثّلاث الأولى حرمة الرّبا بالمكيل والموزون مطلقاً عن شرط الطّعام؛ فدلّ على أنّ العلّة هي الكيل والوزن، وفي الآية الرّابعة أُلْحِقَ الوعيدُ الشّديدُ بالتّطفيف في الكيل والوزن مطلقاً من غير فصلٍ بين المطعوم وغيره[٤].

٥-أنّ النّبيّ ﷺ علّق التّحليلَ باتّفاق الصّنف واتّفاق القدر، وعلّق التّحريم باتّفاق الصّنف واختلاف القدر في قوله ﷺ في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله: «لا تَفْعَلوا، ولَكِنْ مِثْلاً بِمِثْلٍ، أو بِيعُوا هذا واشْتَرُوا بِثَمَنِهِ مِن هذا، وكذلك الْمِيزَان»[٥].

---

(١) سورة هود، الآية: ٨٥، يُنَبّه هنا إلى خللٍ وقع في بدائع الصّنائع عند ذكر هذه الآية؛ حيث أدخل آخر الآية ٨٥ من سورة الأعراف في هذه الآية، وهو خطأ يقيناً.

(٢) سورة الشّعراء، الآيات: ١٨١-١٨٣.

(٣) سورة المطفّفين، الآيات: ١-٣.

(٤) انظر: أحكام الجصاص ٥/٢٧-٢٨، وبدائع الصّنائع ٤/٤٠٢.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ١٣/٣٢٩، كتاب الاعتصام بالكتاب والسّنة، برقم: (٧٠٨٠)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢١٥، كتاب المساقاة، باب بيع الطّعام مثلاً بمِثْلٍ، برقم: (١٥٩٣).

وجه الاستدلال منه؛ أنّ قوله: «وكذلك الميزان» المراد بـه: المـوزون بطريق الكناية لمجاورة بينهما، ورأوا أنّ التّقدير، أي: الكيل أو الـوزن هـو المؤثّر في الحكم،من غير فصلٍ بين المطعوم وغير المطعوم،كتأثير الصّنف[١].

أجيب عنه بأنّ الميزان نفسه لا رِبا فيه، ثم أضمرتم فيـه المـوزون، ودعوى العموم في المضمرات لا يصحّ[٢].

ولأنّ المعيار الشّرعيّ في المماثلة هو الكيل والوزن في الجنس، وإنّما كان ربا في المطعومات والأثمان من الأشياء السّتة المنصوص عليها؛ لكونه فضل مالٍ خالٍ عن العوض يمكن التّحرّز عنه في عقد المعاوضة فكان ربا، وهذا المعنَى لا يخصّ المطعومات والأثمان فحسب، بل يوجد في كلّ مكيلٍ بجنسه، وموزونٍ بمثله، كالجصّ والحديد ونحوهما، فورود الشّرع ثَمـة يكون وارداً هاهنا دلالة[٣].

المذهب الثّالث: العلّة هي الطّعم فقط مع اتّفاق الصِّنف الواحد في تحريم التّفاضل، سواء كان ممّا يُكال أو يُوزَن أم لا، وأمّا تحريم النَّسَـاء فالطّعم فقط دون اعتبار الصِّنف. وبه قال الشّـافعي في الجديـد، وعليه مذهب الشّافعية والأظهر عندهم، والمراد بالمطعوم: ما يُعَـدُّ للطُّعم غالباً تَقوُّتاً، أو تأدُّباً، أو تَفكّهاً أو غيرها[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٢/٤، وبداية المجتهد ٢٥١/٣-٢٥٢.

(٢) انظر: المجموع ٢٩٧/٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠١/٤، و٤٠٢-٤٠٣، والهداية ٦١/٣-٦٢، والمغني ٥٥/٦-٥٧.

(٤) انظر: المهذّب ٤٧/٢، والمجمـوع ٢٩٨/٩، و٣٠٠، و٣٠٣-٣٠٥، وروضـة الطّالبين ٣٧٩/٣.

من أدلّتهم:

١-قالوا في تثبيت علّتهم الشّبهية:إنّ الحكم إذا علّق باسمٍ مشتقٍّ دلّ على أنّ ذلك المعنَى الذي اشتقّ منه الاسم هو علّة الحكم، مثل قوله -تعالى-: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾[1]، فَلَمّا علّق الحكم بالاسم المشتقّ، وهو السّارق عُلِمَ أنّ الحكم متعلِّقٌ بالسّرقة نفسها[2]، وإذا كان هذا هكذا، وكان قد جاء في حديث:

٢-كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: «الطّعَامُ بالطَّعَامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ»[3]، فَمِنَ البيِّن أنّ الطُّعم هو الذي علّق به الحكم؛ لأنّه أثبت الحكم عقيب اسمٍ مشتقٍّ من معنًى، والأصل أنّ الحكم إذا ثبت عقيب اسمٍ مشتقٍّ من معنًى يصير موضع الاشتقاق علّةً للحكم المذكور، وهو أيضاً أصلٌ يدلّ على أنّ الأصل حرمة بيع المطعوم بجنسه، من غير فصلٍ بين القليل والكثير، وإنّما الجواز بعارض التّساوي في المعيار الشّرعيّ[4].

أجيب عنه بأنّ الطّعام المذكور في الحديث عامٌّ يتناول جميع ما يُسَمَّى طعاماً، وقد خُصَّ بالأشياء السّتة.

وأجيب عن هذا الاعتراض بأنّ ذكر بعض ما يتناوله العموم ليس تخصيصاً على الصّحيح[5].

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٣٨.

(٢) وهذا ما يُعْرَف في أصول الفقه بالإيماء والتّنبيه، وهو مَسْلَكٌ مِن مسالك العلّة. انظر: مذكّرة أصول الفقه ص ٣٠٢، ونثر الورود ص ٤٧٩-٤٨٥.

(٣) من حديث معمر، تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة عند أدلّة المذهب الأوّل.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠١/٤، وبداية المجتهد ٢٥٠/٣-٢٥١.

(٥) انظر: المجموع ٢٩٧/٩-٢٩٨.

وبيان تأثير الطّعم أنّه وصفٌ يُنبئ عن العزّة والشّرف؛ لكونه متعلّقاً بالبقاء، وهذا يشعر بعزّته وشرفه؛ فيجب إظهار عزّته وشرفه، وذلك في تحريم بيع المطعوم بِجنسه، وتعليق جوازه بشرطي التّساوي في المعيار الشّرعِيّ واليد، يعني: التّقابض والمماثلة؛ لأنّ في تعلّقه بشرطين تضييق طريق إصابته، وما ضاق بطريق إصابته يعزّ وجوده؛ فيعزّ إمساكه، ولا يهون في عين صاحبه، فكان الأصل فيه هو الحظر والحرمة، وكلّ ذلك يشعر بالعزّة والخطر؛ ولهذا كان الأصل في الأبضاع الحرمة والحظر، والجواز مشروطٌ بالشّهادة والوليّ إظهاراً لشرفها، لكونها منشأ البشر الذي هم المقصودون في العالَم، وبهم قوامها، والأبضاع وسيلةٌ إلى وجود الجنس، والقوت وسيلةٌ إلى بقاء الجنس، فكان الأصل فيها الحظر، والجواز بشرطين؛ ليعزّ وجوده، ولا تتيسّر إصابته فلا يهون إمساكه فكذا هذا؛ فيعلّل بعلّة تناسب إظهار الخطر والعزّة وهو الطّعم لبقاء الإنسان به، والثّمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها، ولا أثر للجنسية في ذلك فجعل شرطاً[1].

وأجيب عن قولهم: إنّ الأصل حرمة بيع الطّعام بِجنسه، بأنّه مَمنوعٌ، ولا حجّة لهم في الحديث المذكور؛ لأنّه ﷺ ما اقتصر على النّهي عن بيع الطّعام بالطّعام ليجعل الحظر فيه أصلاً، بل قرن به استثناء ما كان سواءً بسواءٍ، فلا يدلّ على كون الحرمة فيه أصلاً[2].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠١، والهداية ٣/٦١، والمغني ٦/٥٦.
(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٣.

وأجيب عن جعل الطّعم علّة، بأنّه دعوى مَمنوعةٌ أيضاً، والاسم المشتقّ من معنًى إنّما يُجْعَل علّةً للحكم المذكور عقيبه إذا كان له أثرٌ؛ كالزّنا والسّرقة ونحوهما، فَلِمَ قلتم بأنّ للطّعم أثراً وكونه متعلّقَ البقاء لا يكون أثره في الإطلاق أَولَى من الحظر؛ فإنّ الأصل فيه هو التّوسيع دون التّضييق[1].

وأيضاً فإنّ الطّعم بمُجرّده لا تَتَحقّق الْمُمَاثلة به؛ لعدم المعيار الشّرعي فيه، وإنّما تَجب الْمُمَاثلةُ في المعيار الشّرعيّ، وهو الكيل والوزن، ولهذا وجبت المساواةُ في المكيل كيلاً، وفي الموزون وزناً، فوجب أن يكون الطّعمُ مُعتَبَراً في المكيل والموزون دون غيرهما، موافقاً للمذهب الأوّل[2].

٣- ولأنّ الحبّ ما دام مطعوماً يَحرُم فيه الرّبا، فإذا زُرِعَ وخرج عن أن يكون مطعوماً لم يَحرُم فيه الرّبا، فإذا انعقد الحبّ، وصار مطعوماً حَرُمَ فيه الرّبا؛ فدلّ على أنّ العلّة فيه كونه مطعوماً؛ فعلى هذا يَحرُم الرّبا في كلّ ما يُطْعَم من الأقوات، والإدام، والحلاوات، والفواكه، والأدوية[3].

المذهب الرّابع: العلّة فيها الطّعام بشرط الادّخار والاقتيات، فكلّ ما كان مطعوماً مُدَّخراً، أو مطعوماً مقتاتاً حَرُمَ فيه الرّبا، وما كان مطعوماً غير مُدَّخرٍ جاز فيه التّفاضلُ وحَرُم النَّسَاءُ. وهذا الذي استقرّ عليه حذّاق المالكية، وهو المشهور والمعمول به في المذهب المالكيّ[4].

من أدلّتهم: حديث معمر بن عبد الله ﷺ السّابق، وزادوا على

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٣/٤.
(٢) انظر: مختصر الخرقي ٦٩/٦، والمغني ٥٧/٦، و٦٩-٧٠.
(٣) انظر: المهذّب ٤٨/٢.
(٤) انظر: بداية المجتهد ٢٤٩/٣، وعقد الجواهر ٦٣٠/٢، ومواهب الجليل ١٩٨/٦.

الطّعم إمّا صفةً وهي الادّخار على ما في الموطّأ[١].

وإمّا صفتَين هما: الادّخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون[٢] من المالكية[٣].

وتَمسّكوا في استنباط هذه العلّة بأنّه لو كان المقصود الطّعم وحده لاكتفى بالتّنبيه على ذلك بالنّصّ على واحدٍ من تلك الأربعة الأصناف المذكورة، فلمّا ذكر منها عدداً عُلِمَ أنّه قصد بكلّ واحدٍ منها التّنبيه على ما في معناه، وهي كلّها يَجمعها الاقتيات والادّخار.

وقالوا-أيضاً-: لَمّا كان معقول المعنَى في الرّبا إنّما هو أن لا يغبن بعض النّاس بعضاً، وأن تُحْفَظ أمْوَالُهم؛ فواجبٌ أن يكون ذلك في أصول المعايش، وهو الأقوات[٤].

والذي يترجّح في نظري أنّ علّة تحريم ربا الفضل في الأصناف

---

(١) الموطّأ ٢/٦٤٣-٦٥٠، كتاب البيوع، وانظر: المنتقى ٦/١٦٩، و٢١٣.

(٢) البغداديّون أو العراقيّون، يُسَمُّون بالمالكية المشارقة، ومنهم: القاضي أبو الفرج (٣٢١هـ)،وأبو بكر محمّد بن عبد الله الأبهري(٣٧٥هـ)،وأبو القاسم عبيد الله بن الجلاب البصري (٣٧٨هـ)، والشّيخ أبو الحسن عليّ بن القصّار (٣٩٨هـ)، وأبو بكر محمّد بن الطّيّب الباقلاني (٤٠٣هـ)، والقاضي أبو محمّد عبد الوهّاب البغدادي (٤٢٢هـ) الذي يعتبر خروجه من العراق نهاية لانتشار المذهب المالكيّ. انظر: مواهب الجليل ١/٥٥، و٦/٢٠٠، ومقدّمة محقّق التّفريع ١/٩٠-٩٣، ومقدّمة محقق شرح القلشاني ص٧١،وقواعدالرّوكي ص٣٠-٤٠-٧١-٧٣-٨٥.

(٣) انظر: التّفريع ٢/١٢٥، والمعونة ٢/٩٥٨-٩٥٩، والتّلقين ص ٣٦٦، والتّمهيد ١٢/١٥٠-١٥١،والمنتقى٦/١٦٩،والمقدّمات٢/٣٦-٣٧،وبداية المجتهد٣/٢٥١، ومختصر خليل ص ١٧١، وحاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير ٣/٢٨، و٤٧.

(٤) انظر: المعونة ٢/٩٥٩، والمنتقى ٦/١٦٩-١٧١، وبداية المجتهد ٣/٢٥١.

الأربعة هي الطّعم بشرط التّقدير بالكيل والوزن مع اتّحاد الجنس، وأنّ الجنس وحده بانفراده يُحرِّم النَّسَاءَ.

وأنّ ما انعدم فيه الطّعمُ والكيلُ والوزنُ واختلف جنْسُهُ فلا رِبا فيه.

وأنّ ما وُجِدَ فيه الطّعمُ وحده، أو الكيلُ وحده، أو الوزنُ وحده من جِنسٍ واحد؛ فالصّحيحُ والأَولَى حِلُّهُ؛ إذ ليس في تَحريمه دليلٌ موثوقٌ به، ولا معنًى يُقَوِّي التَّمَسُّكَ به، والأقوال الأخرى مع ضعفها يُعارِضُ بعضها بعضاً، فوجب اطِّراحها، أو الجمع بينها، والرّجوع إلى أصل الحِلّ الذي يقتضيه الكتاب والسّنة والاعتبار[١].

بناء على هذا؛ لا يجري الرّبا في مطعومٍ لا يُكالُ ولا يُوزَن؛ كالرّمان والبيض والبطّيخ، كما لا يجري في مكيلٍ أو موزونٍ لا يُطْعَم؛ فلا بدّ من اعتبار الأمرين.

والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

قال الإمام ابن رشد الحفيد بعد ذكره أثر سعيد بن المسيّب مُرَجِّحاً للقول بأنّ العلّة التّقدير بالكيل والوزن مع الجنس مع اعتبار الطّعم: «هذا نصٌّ لو صحّت الأحاديث[٢]، ولكن إذا تُؤمِلَ الأمر من طريق المعنَى ظهر والله أعلم أنّ علّتهم أَولَى العلل، وذلك أنّه يظهر مِنَ الشّرع أنّ المقصود بِتَحريم الرّبا إنّما هو لِمكان الغبن الكثير الذي فيه، وأنّ العدل في

---

(١) انظر: إجماع ابن المنذر ص ٥٤، ف (٤٩٠)، والمغني ٦/٥٨، و٥٩، و٦٢، والشّرح الكبير ١٢/١٥.

(٢) وسبق أنّ إرساله صحيحٌ، وأنّ حديث أبي سعيد رضي الله عنه في الصّحيحين يدلّ عليه.

المعاملات إنّما هو مقاربة التّساوي، ولذلك لَمَّا عسر إدراك التّساوي في الأشياء المختلفة الذّوات جُعِلَ الدِّينارُ والدّرهمُ لتقويْمها، أعنِي: تقديرها، ولَمّا كانت الأشياء المختلفة الذّوات، أعنِي: غير الموزونة والمكيلة، العدل فيها إنّما هو في وجود النّسبة، أعنِي: أن تكون نسبة قيمة أحد الشّيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشّيء الآخر إلى جنسه...

وأمّا الأشياء المكيلة والموزونة، فَلَمّا كانت ليست تَختلف كلّ الاختلاف، وكانت منافعها متقاربةً، ولم تكن حاجةٌ ضرورةٌ لِمَنْ كان عنده منها صنفٌ أن يستبدله بذلك الصّنف بعينه، إلاّ على جهة السّرف، كان العدل في هذا إنّما هو بوجود التّساوي في الكيل أو الوزن؛ إذ كانت لا تتفاوت في المنافع.

و-أيضاً- فإنّ منع التّفاضل في هذه الأشياء يوجب ألاّ يقع فيها تعامل؛ لكون منافعها غير مُختلفة، والتّعامل إنّما يضطرّ إليه في المنافع المختلفة، فإذاً، مَنَعَ التَّفاضُلَ في هذه الأشياء، أعنِي: المكيلة الموزونة علّتان: إحداهما: وجود العدل فيها، والثّانية: منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السّرف....

روى مالكٌ عن سعيد بن المسيّب أنّه كان يعتبر في علّة الرّبا في هذه الأصناف الكيل والطّعم، وهو معنًى جيِّدٌ؛ لكون الطّعم ضروريّاً في أقوات النّاس؛ فإنّه يشبه أن يكون حفظ العين، وحفظ الشّرف فيما هو قوتٌ منه فيما ليس هو قوتاً»[1].

---

(١) بداية المجتهد ٣/٢٥٣-٢٥٤، وانظر: المغنِي ٦/٦٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٦٠.

وقال في المغني: «العلّة فيما عدا الذّهب والفضّة كونه مطعومَ جنس مكيلاً أو موزناً؛ فلا يجري الرِّبا في مطعومٍ لا يُكال ولا يُوزَن...، ولأنّ لكلّ واحدٍ من هذه الأوصاف أثراً، والحكم مقرونٌ بجميعها في المنصوص عليه، فلا يجوز حَذْفُهُ. ولأنّ الكيل والوزن والْجنس لا يقتضي وجوبَ الْمُمَاثلة، وإنّما أثره في تَحقيقها في العلّة ما يقتضي ثبوتَ الحكم لا ما تَحقَّق شرطُهُ، والطّعمُ بمجرّده لا تَتَحقَّق الْمُمَاثلةُ به؛ لعدم المعيار الشّرعِيّ فيه، وإنّما تجب الْمُمَاثلة في المعيار الشّرعِيِّ، وهو الكيل، والوزن، ولهذا وجبت المساواةُ في المكيل كيلاً، والموزون وزناً، فوجب أن يكون الطّعمُ معتبراً في المكيل والموزون دون غيرهما.

والأحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها، وتقييد كلّ واحدٍ منها بالآخر؛ فنهيُ النّبيّ ﷺ عن بيع الطّعام إلاّ مِثْلاً بِمثْلٍ يتقيّد بما فيه معيارٌ شرعِيٌّ، وهو الكيل والوزن، ونَهْيُهُ عن بيع الصّاع بالصّاعين يتقيّد بالمطعوم المنهِيّ عن التّفاضل فيه»[1].

ثم قال بعد ذلك: «والحاصل أنّ ما اجتمع فيه الكيلُ والوزنُ والطّعمُ من جنسٍ واحد ففيه الرِّبا روايةً واحدةً؛ كالأرز، والدّخن...، وما انعدم فيه الكيلُ والوزنُ والطّعمُ واختلف جنسه فلا ربا فيه، روايةً واحدةً...؛ كالتِّين والنّوى...،وما وُجدَ فيه الطّعمُ وحده، أو الكيل أو الوزنُ مِنْ جنْسٍ واحدٍ ففيه روايتان، واختلف أهل العلم فيه، والأَوْلَى إن شاء الله تعالى حِلُّهُ؛ إذ ليس في تَحريمه دليلٌ موثوقٌ به، ولا معنًى يُقَوِّي التَّمَسُّكَ به، وهي مع

---

(١) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٦/٥٦-٥٧، وانظر: ٦٩-٧٠، والشّرح الكبير ١٢/١٣.

ضعفها يُعارضُ بعضها بعضاً؛ فوجب اطِّراحها، أو الجمع بينها، والرّجوع إلى أصل الحِلِّ الذي يقتضيه الكتاب والسّنة والاعتبار»[(١)].

إذا ثبت هذا؛ فكلّ ما نصَّ رسول الله ﷺ على تَحريم التّفاضل فيه كيلاً فهو مكيلٌ أبداً وإنْ ترك النّاسُ الكيل فيه، مثل: الحنطة والشّعير والتّمر والملح.

وكلّما نصّ على تَحريم التّفاضل فيه وزناً فهو موزونٌ أبداً، وإن ترك النّاس فيه الوزن، مثل: الذّهب والفضّة، وذلك أنّ النّصّ أقوى من العرف، والأقوى لا يُتْرَك بالأدْنَى.

والمعتبرُ في الكيل والوزن عرفُ أهل المدينة، وأمّا مَا لم ينصّ عليه فمحمولٌ على عادة النّاس في بلد البيع وقت البيع؛ لأنّها دلالةٌ[(٢)].

المسألة الثّانية: معرفة الأشياء التي يجوز فيها التّفاضلُ، ولا يَجوز فيها النَّسَاءُ:

الأشياء إمّا أن تكون رِبويّةً أو غيرها.

أمّا الرِّبويّاتُ فقد تقدّم أنّه إذا اتّحد الجنس حَرُم التّفاضل، ويَجب التّساوي، والتّفاضل في مجلس العقد، وحُرَمَ النَّسَاءُ.

وإن اختلفت الأجناس الرِّبويّات جاز التّفاضل، ويَجب التّقابض،

---

(١) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٥٨/٦، وانظر: الشّرح الكبير ١٥/١٢، وعمدة الأحكام ص ٧٩.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، والهداية ٦٢/٣، والمنتقى ١٧١/٦، والتّاج ومواهب الجليل ٢٠١/٦، و٢٢١، والمهذّب ٥٤/٢، وروضة الطّالبين ٣٨٣/٣، والمغني ٥٨/٦-٥٩، و٧٣، والمقنع والشّرح الكبير ١٥/١٢، و٩٠، ومنتهى الإرادات ٢٧١/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٥٨/٣.

وحَرُمَت النَّسيئةُ.

وإذا عُدِمَت الأجناسُ حَلَّ التَّفَاضُلُ والنَّسَاءُ، هذا بلا خلافٍ(١).

أمّا علّة تَحريم ربا النَّسيئة فهي عند المالكية والشّافعية الطّعم مع الجِنْس(٢).

وعلّة تحريم النَّسيئة عند الحنفية والحنابلة هي الكيل أو الوزن مع اتّحاد الجنس،وحرمة ربا الفضل عندهم بالوصفين؛ فَتَحرُم النَّسيئةُ بأحد وصفَي علّة ربا الفضل، إمّا الكيل أو الوزن المتّفق الجنس مع الطّعم؛ لأنّ تحريم النَّسَاء آكد، ولذلك جرى في الْجِنْسين المختلفين(٣).

أمّا في غير الرّبويّات ممّا ليس بِمطعومٍ؛ فعلّة تحريم النَّسيئة فيها عند مالكٍ هو الصِّنْفُ الواحد المتّفق المنافعِ مع التّفاضل، فلا يجوز عنده بيع شاةٍ حلوبة واحدة بشاتين حلوبتين نَسيئةً، وإن اختلفت المنافع بأن كانت إحداهما حلوبةً والأخرى أكولةً، جاز التّفاضلُ والنَّسيئةُ وإن كان الصّنف

(١) إلاّ ما يُروى عن سعيد بن جُبير أنّه قال: ما يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز التّفاضل فيهما، وهذا يردّه «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»، ولأنّه لا خلاف في إباحة التّفاضل بين الذّهب والفضّة مع تقارب منافعهما. انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، والهداية ٦٢/٣، والمعونة ٩٦٠/٢-٩٦١، والتّمهيد ٦٣/١٢، و١٥٠، ومواهب الجليل ١٩٩/٦، والمهذّب ٥٠/٢-٥١، ومختصر الخرقي ٦١/٦، والمغني ٦١/٦-٦٢، منتهى الإرادات ٢٦٩/١، و٢٧١-٢٧٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٧/٣.

(٢) انظر: التّفريع ١٢٦/٢، والتّلقين ص ٣٦٩، والاستذكار ٣٣٥/٥، و٤٢٤-٤٢٩، وبداية المجتهد ٢٥٥/٣-٢٦٠، وعقد الجواهر ٦٣٠/٢، والمهذّب ٥٠/٢-٥١، والمجموع ٣٠٦/٩.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، بدائع الصّنائع ٤٠١/٤، و٤٠٣-٤٠٤-٤٠٧، والهداية ٦١/٣-٦٢، والمغني٦١/٦-٦٢،والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٠٠/١٢-١٠٤، وعمدة الأحكام ص ٧٦-٧٧، ومنتهى الإرادات ٢٧١/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٥٩/٣، و٢٦٠.

واحداً، هذا هو مشهور مذهب المالكية، وقيل: المعتبر فقط اتّفاق المنافع دون التّفاضل، فعلى هذا لا يجوز بيع شاة حلوبة بشاة حلوبة نسيئةً[1].

وعلّة تحريم النَّسيئة فيها عند الحنفية هي الصِّنف الواحد مُتَفاضلاً كان أو غير متفاضلٍ، اتّفقت المنافع أو اختلفت، بناءً على هذا لا يَجوز عندهم بيع شاة بشاة، ولا بشاتين نَسيئةً مطلقاً، أعني: وإن اختلفت منافعها[2].

وليس عند الشّافعي والحنابلة نسيئةٌ في غير الرّبويّات؛ فيَحلُّ نَسَاءٌ في مكيلٍ بموزون، وفيما لا يدخله ربا فضلٍ؛ كثياب وحيوانٍ وتِبْنٍ[3].

المسألَةَ الثّالثة: معرفة الأشياء التي يجوز فيه الأمران جميعاً:

اختلف الفقهاء فيما يجوز فيه الأمران جميعاً أعني: التَّفَاضُل والنَّسَاء على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأوّل: كلّ ما ليس رِبَوِيّاً، جاز فيه التّفاضل والنَّسَاء. وبه قال الشّافعية، وهو المذهب عند الحنابلة، وقولٌ للحنفية والمالكية[4]، وبعبارةٍ أخرى: كلّ ما يَجوز التّفاضلُ في الصّنف الواحد يَجوز فيه

---

(١) انظر: التّلقين ص ٣٦٧-٣٦٩، والاستذكار ٥/٤٢٤-٤٣٠، وبداية المجتهد ٣/٢٥٥-٢٦٠، ومواهب الجليل ٦/١٢٥، و١٩٩، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٦٠-٢٦١.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، والهداية ٣/٦١-٦٢، وبداية المجتهد ٣/٢٥٥، و٢٥٧، والقوانين الفقهية ص ١٦٩، ومواهب الجليل ٦/١٢٥-١٢٦.

(٣) انظر: الاستذكار٥/٤٢٧، وبدايةالمجتهد٣/٢٥٥، والمهذّب٢/٤٩-٥٠-٥١، والمغني٦/٥٨، والشّرح الكبير والإنصاف ١٢/١٠٠، ومنتهى الإرادات ١/٢٧٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٦٠-٢٦١.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، وبدائع الصّنائع ٤/٤١١، والهداية ٣/٦٢، والمعونة ٢/٩٦٠، والاستذكار ٥/٣٦٦-٣٦٧، و٤٢٧، و٤٢٩، وبداية المجتهد ٣/٢٥٦، والمهذّب ٢/٤٩-٥٠-٥١-٥٣، والمجموع ٩/٣٠٣، والمغني ٦/٥٨، و٦٤، ومنتهى الإرادات ١/٢٧٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٦٠-٢٦١.

النَّسَاءُ؛ فيَجوز بيع شاة بشاتين نسيئةً ونقداً، وكذلك شاةٍ بشاةٍ، وهذا هو مورد الضّابط الذيً أنا بصدده.

مِنْ أدلّتهم[1]:

١- حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ أنّ رسول الله ﷺ أمره أن يأخذ في قلائص الصّدقة البعير بالبعيرين إلى الصّدقة[2]؛ قالوا: فهذا التّفاضل في الجنس الواحد مع النَّسَاء، ورجّحوا هذا الحديث على حديث سَمرة الآتِي عند الحنفية.

٢- حديث جابر ﷺ، فيه أنّ رسول الله ﷺ اشترى عبداً بِعبدين أسودَين[3].

٣- حديث أنس ﷺ، وفيه أنّ رسول الله ﷺ اشترى جاريةً جِميلةً بسبعة أرؤس[4].

٤- أثر عليّ ﷺ أنّه باع جَمَلاً إلى أجلٍ بعشرين بعيراً[5].

٥- أثر عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- أنّه اشترى راحلةً بأربعة أبعرة مضمونةٍ عليه[6].

---

(١) وتُستَدلّ بهذه الأدلّة لصحّة الضّابط أيضاً.

(٢) تقدّم تخريجه في قاعدة [٤١]، عند ذكر قول الإمام ابن رشد.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ١٢٢٥/٣، كتاب المساقاة، باب جواز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلاً، برقم: (١٦٠٢).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ١٠٤٥/٢-١٠٤٦، كتاب النّكاح، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوّجها، برقم: (١٣٦٥).

(٥) أخرجه مالك في موطّئه ٦٥٢/٢، كتاب البيوع، باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض...، برقم: (٥٩)، وحسّنه النّووي في المجموع ٣٠٢/٩.

(٦) أخرجه مالكٌ في موطّئه ٦٥٢/٢، الموضع السّابق، برقم: (٦٠)، والبخاري في =

٦-أثر رافع بن خديج رضي الله عنه أنّه اشترى بعيراً ببعيرين، فأعطاه أحدهما، قال: آتيك بالآخر غداً رهواً إن شاء الله[1].

ففي هذه الأحاديث والآثار جواز بيع عبد بعبدين، وكذلك سائر الحيوان بالحيوان، سواء كانت القيمة متّفقةً أو مختلفةً، وهذا مجمع عليه إذا بيع نقداً، وكذلك إن بيع نسيئةً على هذا القول[2].

أجيب عن هذا بما ذكر صاحب الاستذكار: أنّه لا حجّة لهم في الآثار؛ لأنّه روي عن عليّ وابن عمر رضي الله عنهم خلاف ذلك.

وعقّبه بأنّه في إسناده مَنْ ليس بقويٍّ، وأنّ حديث مالك أثبت منه،فيكون الاحتجاج صحيحاً[3].

قال الإمام ابن رشد: «وعلى هذا الحديث، يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلاً بنفسه، لا من قبل سدّ ذريعةً»[4]، كأنّه يُجيب به عن قول المالكية.

المذهب الثّاني: كلّ ما لَمْ يكن رِبَوِيّاً، ولا كان صِنْفاً واحداً مطلقاً مُتَماثلاً كان أو غيره، جاز فيه الأمران جميعاً، وبه قال الحنفية،

=

صحيحه ٤٨٩/٤، تعليقاً، كتاب البيوع، باب بيع العبد والحيوان بالحيوان نسيئةً، وصحّحه النّووي في المرجع السّابق.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٨٩/٤، تعليقاً، في الموضع السّابق، وصحّحه النّووي، المرجع السّابق.

(٢) انظر: سنن التّرمذي ٥٤٠/٣، الاستذكار ٤٢٧/٥-٤٢٩، وشرح مسلم ٤٠/١١، ومواهب الجليل ١٢٥/٦-١٢٦.

(٣) انظر: الاستذكار ٤٢٨/٥.

(٤) بداية المجتهد ٢٥٩/٣.

فالمعتَبر عندهم هو الاسم فقط؛ لأنّ الأصل الإباحة، فإذا وُجد الوصفان -التّقدير والجنس- حَرُمَ التَّفَاضُلُ والنَّسَاءُ لوجود العلّة، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حلّ التّفاضل وحَرُم النَّسَاءُ، وإذا عُدما جميعاً حَلَّ التَّفَاضُلُ والنَّسَاءُ، وهو رواية عن الإمام أحمد[1].

حجّتهم: حديث الحسن عن سَمرة؛ أنّ رسول الله ﷺ نَهَى عن بيع الحيوان بالحيوان[2]، قالوا: وهذا يدلّ على تأثير الجنس على الانفراد في النَّسيئة.

أجيب عن الاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أنّ الحديث ضعيفٌ لا يصحّ؛ لأنّ سماع الحسن عن سمرة لا يثبت عند أكثر الحفّاظ إلاّ حديث[3] العقيقة، وقيل: إنّه مرسلٌ[4].

الوجه الثّاني: أنّه لو ثبت وصحّ؛ فإنّه مَحمولٌ على أنّ الأجل في

(١) اقتصر عليه الخرقي.
انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، وبدائع الصّنائع ٤/٤١١، والهداية ٣/٦٢، وبداية المجتهد ٣/٢٥٦، ومختصر الخرقي ٦/٦٤، والمغني ٦/٦٥-٦٦.

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة [٤١]، عند ذكر قول الإمام ابن رشد.

(٣) وهو: عن سَمرة بن جندب قال: قال رسول الله ﷺ: «أحبّ الكلام إلى الله أربعٌ: سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلاّ الله، والله أكبر، ولا يضرّك بأيّهن بدأتَ، ولا تُسَمِّيَنَّ غُلامَكَ: يَسَاراً، ولا رَبَاحاً، ولا نَجِيحاً، ولا أَفْلَحَ؛ فإنّك تَقُولُ: أَثَمَّ هُوَ؟ فلا يَكُونَ؛ فَيَقُولُ: لا».
أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٦٨٥، كتاب الآداب، باب كراهة التّسمية بالأسماء القبيحة، برقم: (٢١٣٧).

(٤) انظر: معالم السّنن ٣/٧٧٦، والاستذكار ٥/٤٢٨-٤٢٩، وبداية المجتهد ٣/٢٥٩، والمهذّب ١/٧٧٠، والمجموع ٨/٢٥٢، و٩/٣٠٥، وشرح مسلم ١٤/٣٤٣، والمغني ٦/٦٦، و٢٣٣.

العوضين، فيكون بيع دَينٍ بدَينٍ، وذلك فاسدٌ[١].

يُجاب عن ذلك بأنّ الحديث صحيحٌ، وسَماع الحسن عن سَمرة ثابتٌ، قال في الجامع الصّحيح: «حديث سَمرة حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، وسَماعُ الحسن من سَمرة صحيحٌ، هكذا قال عليّ بن المدينيِ وغيره، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النّبيّ ﷺ وغيرهم، في بيع الحيّوان بالحيوان نَسيئةً، وهو قول سُفيان الثّوري، وأهل الكوفة، وبه يقول أحمد.

وقد رَخَّص بعضُ أهل العلم مِن أصحاب النّبيّ ﷺ وغيرهم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئةً، وهو قول الشّافعي وإسحاق»[٢].

المذهب الثّالث: كلّ ما لَمْ يكن رِبَوِيّاً، ولا كان صِنْفاً واحداً مُتَماثلاً، وبه قال المالكية، فهم يعتبرون اتِّفَاقَ الْمَنَافع واختلافها في الصّنف المؤثِّر في تَحريم التّفاضل في الرِّبويّات، وفي تَحريم النَّسَاء في غير الرِّبَوِيّات، فإذا اختلفت المنافع جعلوها صِنفين وإن كان الاسم واحداً؛ كشاة أكولةٍ وشاة حلوبة صنفان عندهم[٣]، وعمدتهم في مراعاة تحريم النَّسَاء عند اتّفاق الأغراض هي:

١- حديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ : «الْحَيَوانُ اثْنَان بِواحدٍ، لا يصلحُ النَّسَاءُ، ولا بأسَ به يَداً بِيَدٍ»[٤].

---

(١) انظر: المجموع ٩/٣٠٥.
(٢) سنن التّرمذي ٣/٥٣٨-٥٣٩.
(٣) انظر: الاستذكار ٥/٣٦٦-٣٦٧، و٤٢٤-٤٣٠، وبداية المجتهد ٣/٢٥٦.
(٤) أخرجه التّرمذي في سننه ٣/٥٣٩، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع =

٢-حديثا عبد الله بن عمرو بن العاص، وسَمرة -رضي الله عنهما- المتقدّم، فيكون المعنَى في حديث عبد الله بن عمرو: وإذا اختلفت الأغراض والمنافع؛ فجائزٌ، لأنّهما صارا جنسين، ومعنَى حديث سَمرة: إذا اتّفقت الأغراض والمنافع؛ لأنّهما حينئذٍ جنْسٌ واحدٌ[1].

٣-سدّ الذّريعة، وذلك أنّه لا فائدة في ذلك إلاّ أن يكون مِن باب سَلَفٍ جَرَّ نفعاً فهو يَحْرُم[2].

والذي يترجّح في نظري هو القول القاضي بأنّ كلّ ما ليس رِبَوِيّاً، جاز فيه التّفاضل والنَّسَاء، وأنّ كلّ ما يَجوز التّفاضل في الصّنف الواحد يَجوز فيه النَّسَاء، وذلك لقوّة أدلّته، وسلامته، وقد تُكُلّم في أدلّة القول الآخر، والله-سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

جاء في الاستذكار بعد أن ذكر جمع المالكية بين حديث عبد الله بن عمرو بِحمله على ما اختلفت أغراضه ومنافعه، وحديث سمرة بِحمله على ما اتّفقت أغراضه ومنافع، قال: «يُسْتَعْمَل الحديثان على هذا، إلاّ أنّ الأصلَ في البيوع أنّها حلالٌ إذا كانت تِجارةً عن تراضٍ، إلاّ ما حرّمه الله عزّ وجلّ على لسان رسوله ﷺ نصّاً،أو كان في معنَى النَّصِّ؛ فإنّ ذلك حرامٌ، وإنْ تراضى به الْمُتَبَايِعَان.

وإذا تعارضت الآثارُ في بيع الحيوان بالحيوان نَسيئةً سقطت، وكانت

=

الحيوان بالحيوان نَسيئةً، برقم: (١٢٣٨)، وقال: «هذا حديثٌ حسنٌ صَحيحٌ».

(١) انظر: الاستذكار ٥/٤٢٩، والمنتقى ٦/٣١٤-٣١٨.

(٢) انظر: الاستذكار ٥/٣٦٧.

الحجّة في عموم ظاهر القرآن؛ لأنّها تجارةٌ عن تراضٍ، وبالله التّوفيق»[1].

قال مواهب الجليل: «حَرُمَ ربا وفضلٌ ونَسَاءٌ في نقد ربويٍّ إن اتّحد الجنس، وإلاّ فالنَّسَاءُ، وإن غير رِبَوِيَّين، وقد عُلِمَ أنّ كلّ ما يدخله ربا الفضل فإنّ ربا النَّسَاء يدخله، وليس كلّ ما يدخله ربا النَّسَاء يدخله ربا الفضل؛ كالطّعام الذي ليس بِرِبَوِيٍّ»[2].

قال في المغنِي: بعد ذكره أربع روايات عن الإمام أحمد: «وأصحّ الرّوايات هي الأولى وهي القاضية بأنّ كلّ ما ليس بِرِبَوِيٍ جاز فيه التّفاضل والنَّسَاء-لموافقتها الأصل»[3].

المسألة الثّالثة: معرفة ما يُعَدُّ صِنْفاً واحداً أو جِنْساً واحداً، وما لا يُعَدُّ:

الأصناف هي الأجناس، والْجِنْس هو: الشّامل لأشياءَ مختلفة بأنواعاً؛ كالذّهب والفضّة والبرّ والشّعير والتّمر والملح، وفروعها أجناسٌ؛ كالأدقّة، والأخباز، والأدهان، واللّحم، واللبن أجناسٌ باختلاف أصولهما.

والنّوع هو: الشّامل لأشياءَ مُختلفة بأشخاصها، وقد يكون النّوعُ جنْساً بالنِّسبة إلى ما تحته، نوعاً بالنِّسبة إلى ما فوقه، والمراد في باب الرِّبا الْجِنْس الأخصّ، والنّوع الأخصّ؛ وكلّ نوعين اجتمعا في اسمٍ خاصٍّ فهما جنْسٌ؛ كأنواع التّمر، وأنواع الحنطة؛ فالتّمور كلّها جنْسٌ واحدٌ؛ لأنّ الاسم الخاص من أصل الخلقة يَجمعهما وهو التّمر، وإن كَثُرَت أنواعُهُ؛ كالتّمر المدينيّ والتّمر العراقيّ مثلاً فهما جِنسٌ واحدٌ،فكلّ شيئين

---

(١) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٤٢٩/٥.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ١٢٥/٦.

(٣) المغنِي لموفّق الدِّين ابن قدامة ٦٦/٦، وانظر: ٥٨، و٥٩، و٦٢.

اتّفقا في الجِنْس ثبت فيهما حكم الشّرع بِتحريم التّفاضل وإِنْ اختلفت الأنواع، وكلّ شيئين اختلفا في الاسم مِنْ أصل الخلقة؛ كالحنطة، والشّعير، والتّمر، والزّبيب فهما جنسان(١).

دليل ذلك أنّ النّبيّ ﷺ ذكر ستة أشياء، وحرّم فيها التّفاضل إذا باع كلّ شيءٍ منها بِما وافقه في الاسم، وأباح فيه التّفاضل إذا باعه بِما خالفه في الاسم؛ فدلّ على أنّ كلّ شيئين اتّفاقا في الاسم فهما جِنسٌ،وإذا اختلفا في الاسم فهما جنسان(٢).

وما اتُّخذَ مِن أموال الرِّبا؛ كالدَّقيق، والْخُبز، والعصير، والدّهن تُعدُّ بأصولها، فإن كانت الأصول أجناساً فهي أجناسٌ، وإن كانت الأصول جِنساً واحداً، فهي جِنسٌ واحدٌ، فعلى هذا دقيق الحنطة ودقيق الشّعير جِنسان،وخبز الحنطة وخبزالشّعيرجِنسان،وهكذا(٣).

من أدلّة الضّابط:

يستدلّ لثبوت هذا الضّابط وصحّته وحجّيته بالأدلة السّابقة

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٩-٤١٧، والهداية ٣/٦٣-٦٥، والمعونة ٢/٩٥٥، و٩٦١، و٩٦٢، والتّلقين ص ٣٦٧، وعقد الجواهر ٢/٦٦٣، ومواهب الجليل ٦/١٩٩، والمهذّب ٢/٥١، والمجموع ٩/٣٠٤، وروضة الطّالبين ٣/٣٩٤، والمغني ٦/٧٦، و٧٧، والشّرح الكبير ١٢/٢٨، و٩٠، ومنتهى الإرادات ١/٢٤٠، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٩-٢٥٠، و٢٥٥،ومعالم السّنن ٣/٦٤٥، وفتح الباري ٤/٤٤١-٤٤٦-٤٤٧.

(٢) انظر: التّمهيد١٢/٥٩،و٦٧-٦٩،و٧٦-٨٣، والاستذكاره /٣٣٥، والمهذّب ٢/٥١، والمراجع السّابقة.

(٣) انظر: المنتقى ٦/١٦٨-١٧٦، وعقد الجواهر ٢/٦٦٣-٦٦٥، والمهذّب ٢/٦٢، والمراجع السّابقة.

للمذهب الأوّل في المسألة الثّالثة.

من تطبيقات الضّابط:

١–إنّ المراطلة أو المقايضة، وهي: بيع مالٍ ربويٍّ بمالٍ ربويٍّ مثله من جنسه مُتَّحد العلّة؛ كبيع الذّهب بالذّهب، والحنطة بالحنطة؛ فإنّه تَجب فيه أحكام الرّبا الثّلاثة، فتَجب رعاية التّماثل، والحلول، والتّقابض في المجلس، ويعني ذلك أنّه يَحرُم فيه ثلاثة أشياء: التّفاضلُ، والنَّسَاءُ، والتّفرّقُ قبل التّقابض، هذا بلا خلاف بين أهل العلم؛ لأنّه جنْسٌ واحدٌ مُتَّحدُ العلّة(١).

٢–أن يبيع مالاً ربَوِيّاً بمَالٍ ربَوِيٍّ مُختَلَف الْجنْس، أي: من غير جنسه، إلاّ أنّه مُتَّحد العلَّة؛ كالذّهب بالفضّة، والحنطة بالشّعير، لَم تُعْتَبَر الْمُمَاثلة، ويُعتَبَر الحلول والتّقابض، ويعني ذلك: أنّه يَجوز فيه التّفاضل، ويَحرُم فيه شيئان: النَّسَاء، والتّفرّق قبل التّقابض(٢).

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٣/٢٤٧–٢٤٨، والمجموع ٩/٣٠٦، وروضة الطّالبين ٣/٣٨٠، والمغني ٦/٦٣–٦٤، ومنتهى الإرادات ١/٢٦٩، و٢٧١، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٨، وفتح الباري ٤/٤٤٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٧، وبداية المجتهد ٣/٢٤٧–٢٤٨، و٢٥٥، وعقد الجواهر ٢/٦٥٠، والمجموع ٩/٣٠٦، وروضة الطّالبين ٣/٣٨٠، والمغني ٦/٦٤، ومنتهى الإرادات١/٢٧١–٢٧٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٥٩–٢٦١.
يُلاحَظ أنّ عبارة النّووي في المجموع ٩/٣٠٦: «الثّاني: أن يبيعه بغير جنسه، لكنهما ممّا يَحرُم فيهما الرّبا بعلّة واحدة؛ كالذّهب والفضّة، والحنطة والشّعير، والتّمر بالملح، والزّيت بالعسل؛ فيجوز فيهما التّفاضل، والنَّساء، والتّفرّق قبل التّقابض، ودليل الجميع في الكتاب»، فهذه عبارةٌ قلقةٌ جداً، وهي خطأٌ يقيناً عند التّأمّل؛ لأنّه مخالفٌ لقوله ﷺ : «فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان =

٣-أن يبيع مالين رِبَوِيّين، مُخْتَلفين في الْجِنْس والعلّة، يعنِي: لا يَجمعهما جنسٌ، ولا تُوَحِّدُهما علّةٌ، فإنّه يَجوز بيعٌ مُتفاضلاً، حالاً ونسيئةً[١].

٤-يجوز بيع الحيوان بالحيوان مِنْ جنسه متفاضلاً، كبعيرٍ ببعيرين، وشاةٍ بشاتين حالاً ومؤجَّلاً، أي: نسيئةً، سواء كان يصلح للحمل والرّكوب والأكل والنّتاج أم للأكل خاصّة، يعنِي: اتّفقت الأغراض والمنافع أم لا؛ لأنّها عِوَضان لا تَجمعهما علّةٌ واحدةٌ، فلا يَحرُم فيهما النَّسَاء، كما لو باع ثوبَ قطنٍ بثوبِ حريرٍ إلى أجلٍ، ولأنّه لا ربا فيه نقداً فكذا النَّسيئة[٢].

٥-ويصحّ بيع فرعٍ ومعه غيره من جنسه تَجمعهما علّةٌ واحدةٌ إذا كان لِمصلحة الفرع؛ كجبنٍ فإنّ فيه ملحاً لِمصلحته؛ وعلّة الرّبا فيه واحدةٌ، ومع ذلك يجوز بيع الجبن والملح متماثلاً وزناً[٣].

٦-ويجوز بيع فرعٍ معه غيره لِمصلحته أو لا، بفرعٍ غيره؛ كزبدٍ بِمخيضٍ، ولو متفاضلاً؛ كرطل زبدٍ برطلي مَخيضٍ؛ لاختلافهما

=

يداً بيد»؛ حيث اشترط الحلول والتّقابض في المجلس، ولعلّه سقطٌ من النُّسَّاخ، والعلمُ عند الله، وهو وليُّ التّوفيق.

(١) انظر: بداية المجتهد ٣/٢٤٧-٢٤٩، و٢٥٦-٢٦٠، والمجموع ٩/٣٠٥، وروضة الطّالبين ٣/٣٨٠، ومنتهى الإرادات ١/٢٧١-٢٧٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٥٩-٢٦١.

(٢) خلافاً للحنفية لعلّة اتّحاد الصّنف، وخلافاً للمالكية لعلّة اتّفاق المنافع فتعتبر جنساً واحداً. انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، وبداية المجتهد ٣/٢٥٥-٢٥٧، والمجموع ٩/٣٠٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٦٠-٢٦١.

(٣) انظر: المنتقى ٦/٢٢١، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٨-٢٤٩، و٢٦٠-٢٦١.

جنساً بعد الانفصال، وأمّا إن كانا جنساً واحداً ما دام الاتّصال بأصل الخلقة؛ كالتّمر ونواه فلا يصحّ بيعه به؛ لزوال التّبعية؛ فصار كمسألة مُدّ عجوةٍ ودرهم[1].

٧-لا يَجوز بيع رِبَوِيٍّ بجنسه ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسهما؛ كمدّ عجوة ودرهمٍ بِمثلهما، أو بِمُدَّين، أو بدرهمين، إلاّ أن يكون يسيراً لا يُقْصَدُ؛ كخبزٍ فيه مِلحٌ بِمثله وبِملحٍ؛ لأنّ ذلك من مصلحته كما سبق، وأمّا مدّ عجوة فلا يَجوز[2]؛ بدليل حديث فضالة بن عبيد الأنصاري رضي الله عنه، يقول: أُتِيَ رسول الله ﷺ بقلادة، فيها خَرَزٌ وذَهَبٌ، وهي من الْمَغَانم تُباعُ، فأمر رسول الله ﷺ بالذَّهَب الذي في القلادة فَنُزِعَ وحده، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: «الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْناً بِوَزْنٍ»، وفي لفظ: «لا تُبَاعُ حَتَّى تُفَصَّلَ»[3].

٨-أمّا إذا كان المالُ الرِّبَوِيُّ الموجودُ في مبيعٍ غير مقصودٍ بالبيع فوجوده كعدمه؛ فلا يؤثّر في تحريم البيع؛ بناء على ذلك يجوز بيع نَخلٍ عليه

---

(١) انظر: المنتقى ١٧٩/٦، والمغني ٧٧/٦-٧٨، والمقنع ٧٧/١٢، و٨٩، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٩/٣، و٢٥١، و٢٥٧.

(٢) على الصّحيح، وهو مذهب المالكية والشّافعية والحنابلة.
وقال الحنفية: يجوز بيعه بأكثر مما فيه من الذّهب، ولا يجوز بمثله، ولا بدونه.
انظر: مختصر القدوري ص ٨٧، والهداية ٦١/٣-٦٣، والاستذكار ٣٥٦/٥، و٣٦٩-٣٧١، وعقد الجواهر ٦٤٦/٢، و٦٥٩، وروضة الطّالبين ٣٨٦/٣، والمقنع ٧٧/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٥٧/٣، وانظر: شرح مسلم ٢٠/١١-٢١.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ١٢١٣/٣، كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرزٌ وذهبٌ، برقم: (١٥٩١).

ثَمرٌ بِمثله وتَمرٍ، ويجوز بيع عبدٍ له مالٌ إذا اشتراه بِثَمنٍ مِن جنس ماله، واشترطه إن لم يقصده، بخلاف مسألة مُدّ عجوة[1].

٩-أنّ عصائر الأشياء الْمُختَلفة كلّها أجناسٌ مُختلفةٌ باختلاف أصولها؛ فيجوز التّفاضل فيها، ويحرم النَّسَاء للطّعم مع الوزن[2].

---

(١) انظر: التّاج والإكليل ١٢٦/٦، والمقنع والشّرح الكبير ٧٧/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٥٦/٣-٢٥٧.

(٢) انظر: المغني ٧٧/٦.

المبحث السّابع: الضّابط: السّابع والأربعون [٤٧]

[البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداثِ عقدٍ فيها، أو نماء، أو نقصانٍ، أو حوالة سوقٍ فحكمها الرّدّ]

ذكر ابن رشد هذا الضّابط ضمن المسائل المسكوت عنها في باب البيوع؛ حيث قال: «القسم الرّابع من النّظر المشترك في البيوع، وهو النّظر في حكم البيع الفاسد إذا وقع؛ فنقول:

اتّفق[1] العلماء على أنّ **البيوع الفاسدة إذا وقعت ولَمْ تَفُتْ بإحداث عقد فيها، أو نَماء، أونقصان، أو حوالة سوق؛ أنّ حكمها الرّدّ**، أعنِي: **أَن يَرُدَّ البائعُ الثّمنَ، والمشتري الْمَثْمُونَ**.

واختلفوا إذا قبضت وتصرّف فيها بعتقٍ أو هبةٍ أو بيعٍ أو رهنٍ أو غير ذلك من سائر التّصرّفات، هل ذلك فوتٌ يوجب القيمة؟ وكذلك إذا نَمت أو نقصت.

فقال الشّافعي: ليس ذلك كلّه فوتاً، ولا شبهة مِلْكٍ في البيع الفاسد، وأنّ الواجب الرّدّ[2].

---

(١) هذا الاتّفاق مرهونٌ بقول الحنفية إنّ الْمِلْك الثّابت بالعقد الفاسد مِلْكٌ ضعيفٌ خبيثٌ واجبُ الفسخ والرّدّ؛ فيكون مفاد مذهبهم وجوب الفسخ والرّدّ؛ فتَصحّ حكاية الاتّفاق. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٢-٥٨٥، و٥٩١، والهداية ٣/٥١، والمقدّمات ٢/٦٣-٦٧، وعقد الجواهر ٢/٦٧٨-٦٨١، والقوانين الفقهية ص ١٧٠-١٧٢، والمهذّب ٢/٤١، و١٠٤-١٠٩، ونيل الأرب ص ١٩٥، و٢١٠.

(٢) وهو مذهب الظّاهرية، وقول الحنفية في نَماء مُتَّصلٍ مُتولّد من الأصل؛ كالسّمن، وكذلك نَماء مُنْفَصلٍ مُتَولّدٍ من الأصل؛ كالولد واللّبن، وكذلك في نَماء مُنفصلٍ =

وقال مالكٌ: كلّ ذلك فوتٌ يوجب القيمة، إلاّ ما روى عنه ابن وهب في الرّبا أنّه ليس بفوتٍ[1]، ومثل[2] ذلك قال أبو حنيفة»[3].

=

غير مُتَوَلّد من الأصل؛ كالهبة، فهذه الثّلاثة الأشياء ليست فوتاً؛ فيجب الرّدّ فيها، ومذهب الحنابلة في عقودٍ لازمةٍ لا يترتّب عليها حكمٌ مَبْنِيٌّ على التّغليب والسّراية والنّفوذ، وقولٌ للمالكية في بعضِ مسائل.

انظر: مختصر القدوري ص ٨٤، وبدائع الصّنائع ٥٤٨/٣، و٥٨٤/٤-٥٨٥، ومختصر المزني ص ١٢٧، والمهذّب ٤١/٢-٤٢، والمجموع ٢٧٤/٩، و٢٧٧، و٢٨١، وروضة الطّالبين ٤١٠/٣، والمغني ٤٣/٦، و٣٣٤، و١٧٩/٧، و٥٦٥، و٤٠٥/١٤، وقواعد ابن رجب ص ١٩٤-١٩٥، ق (٤٦) ص ٢٠٧-٢١٠، وشرح منتهى الإرادات ١٥٥/٣، و١٧٧، و١٩٠-١٩١، ونيل الأرب ص ١٩٥، و٢١٠، والمحلّى ٣٣٢/٧-٣٣٤.

(١) وهو المذهب؛ وهو أنّ الحرام البيِّن لا يطيب مطلقاً، فات أم لم يفت. انظر: المدوّنة ١٨٨/٣.

(٢) يعني: القول بالفوات في نَماء متّصلٍ غير مُتَوَلّدٍ من الأصل؛ كصبغ الثّياب والبيع، والبناء على الأرض ونحوه.
وبه قال الحنابلة في العقود الجائزة، والعقود اللازمة التي لا يمكن الخروج منها، وسيأتي إن شاء الله تفصيلٌ لهم في ذلك في فقرة المذاهب الفقهية.
انظر: مختصر القدوري ص ٨٤، وبدائع الصّنائع ٥٤٨/٣، و٥٨٢/٤، و٥٨٥-٥٨٧، و٥٩٠، والهداية ٥٢/٣، والمدوّنة ١٨٥/٣-١٨٨، والاستذكار ٣٠٤/٦، والتّمهيد ١٩٣/١٢-١٩٥، والمنتقى ٨٧/٧، والمقدّمات ٦٧/٢، والبيان والتّحصيل ٢٦٤/٧-٢٦٦، والمقدّمات ٧٤/٢، وبداية المجتهد ٣٧١/٣، وعقد الجواهر ٦٧٢/٢، و٦٧٩، والذّخيرة ٩٨/٥، و١٠٣، و١٠٥، و١٦٩، و٢٨٠/٦، والقوانين الفقهية ص ١٦٣، و١٧٢، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٢٧/٦، و٢٤٢، و٢٥٠، و٢٥٥-٢٥٦، وحاشية الدّسوقي ٦٧/٣، وقواعد ابن رجب ص ٢٠٧، ق (٤٦).

(٣) بداية المجتهد ٣٧١/٣.

توثيقه:

هذا الضّابط ورد مفاده ومسائله في كتب الفقهاء، بل هو متّفق عليه كما نصّ عليه الإمام ابن رشد، وأمّا مفهومه فَمحلّ الخلاف بين الفقهاء، يأتي ذلك في فقرة المذاهب الفقهية، قال في المدوّنة: «يقول مالكٌ: الحرام البيِّن من الرّبا وغيره يُرَدُّ إلى أهله أبداً، فات أو لَم يَفُت، وما كان ممّا كرهه النّاسُ؛ فإنّه ينقضُ إن أُدْرِكَ بعينه، فإن فات تُرِكَ»[1].

شرح مفردات الضّابط:

لَمْ تَفُتْ: أي: لَم يفت المبيع بيعاً فاسداً، وفوات المبيع إمّا حِسّاً بالتّلف؛ بحيث لا تَبْقَى عينُهُ؛ فلا يُمْكِن أَنْ يُرَدَّ على البائع، ويكون له القيمة، وإمّا حُكماً بالعقد والاستيلاد والكتابة والتّدبير[2].

النّماء: أي: الزّيادة، وهو إمّا متّصلٌ أو منفصلٌ، ولكلّ منهما تقسيمٌ آخر يأتي ذكره في فقرة تطبيقات القاعدة إن شاء الله تعالى.

حوالة سوق: أي: تغيّره بنقصان أو زيادة، وقريبٌ منه: نقل العروض أو المكيلات والموزونات من بلد إلى بلدٍ لا يتأتّى ردّه منه إليه في غالب العادة إلاّ بتكلّف سفرٍ وإجارةٍ على حملها، ومتعلّق حوالة السّوق رغبات النّاس لا صنعَ للمتعاقدين فيه[3].

---

(١) المدوّنة رواية سحنون التّنوخيّ عن ابن قاسم ١٨٨/٣.
وانظر: المراجع السّابقة عند توثيق الاتّفاق عليه، وانظر: بدائع الصّنائع ٥٨٥/٤، و٥٨٩، والموافقات ١٧٦/١، والقوانين الفقهية ص١٧٢، والمهذّب ٤١/٢، والمجموع ٢٧٤/٩، و٢٧٧، و٢٨١، وقواعد ابن رجب ق (٤٦)، ص ٢٠٧-٢١٦.

(٢) انظر: المدوّنة ١٨٨/٣، والذّخيرة ٩٨/٥، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٥٦/٦.

(٣) انظر: الذّخيرة ٢٦٩/٦، و٢٩٦/٨، و٥/٩، والقوانين الفقهية ص ١٦٣، والمحلّى ٣٣٣/٧.

الرّدّ: أي:مردودٌ ومفسوخٌ؛بحيث يردّ المشتري السّلعةَ إلى البائع،ويردّ البائعُ الثّمن إلى المشتري، والفسخ هو رفعٌ للعقد مِن حينه لا من أصله، وعند الحنفية هو: رفع العقد من الأصل، وجعله كأن لم يكن[1].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

الأشياء الموجودة بأيدي النّاس تنقسم إلى قسمين[2]:

أحدهما: ما لا يصحّ مِلْكُهُ، فهذا لا يجوز بيعه من غير حاجة بإجماع؛ كالحرّ والخمر والخنْزير والقرد والدّم والميتة وما أشبه ذلك؛ لأنّ اليد لا تثبت عليها شرعاً.

والقسم الثّاني: ما يصحّ مِلْكُهُ، وهو أيضاً نوعان:

النّوع الأوّل: ما لا يصحّ بيعُهُ، إمّا لأنّه على صفةٍ لا يجوز بيعه عليها؛ كالعبد الآبق، والجمل الشّارد، وتراب الصّواغين وما أشبه ذلك، وإمّا لأنّ الشّرع حرَّم بيعه؛ كالأوقاف، ولحوم الضّحايا عند جمهور أهل العلم، والمصحف على اختلافٍ فيه، والكلب المأذون في اتّخاذه على

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٩٧/٤، و٥٥٦، و٥٦٠، و٥٨٤، والهداية٥١/٣، والمقدّمات ٦٥/٢، و١١٤، وعقد الجواهر ٦٣٧/٢، والقوانين الفقهية ص ١٦٣، و١٧٢، والمغني ٢٢٨/٦، والمحلّى ٣٣٢/٧.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٧٨، و٨٣-٨٤ وبدائع الصّنائع ٥٨٢/٤، و٥٨٤، والهداية ٥١/٣-٥٣، والمدوّنة ١٨٥/٣-١٨٨، والمقدّمات ٦٢/٢-٦٩، وعقد الجواهر ٦١٤/٢-٦٢٩، والقوانين الفقهية ص ١٦٣، و١٧٠، ومختصر خليل ص ١٧٦-١٧٧، والمهذّب ١٥/٢-٣٨، و٤١، و١٠٤-١٠٩، وروضة الطّالبين ٣٥٠/٣-٣٦٩، والمغني ٢٨٩/٦-٣٢١، وقواعد ابن رجب ق (٤٦)، ص ٢٠٧، ومنتهى الإرادات ٢٤٣/١-٢٤٩، وشرح منتهى الإرادات ١٢٥/٣-١٤٠-١٥٢-١٥٥.

اختلاف فيه أيضاً، فلو انعقد البيع فهو بيعٌ فاسدٌ.

النّوع الثّاني: يصحّ بيعه ما لم يقع على وجهٍ يَمنع الشّرع منه.

أمّا البيع الفاسد فهو ما اختلّ فيه شرطٌ من شروط صحّة العقد أو وُجِدَ فيه مانعٌ[١].

والوجوه التي يَمنع الشّرع من عقد البيع عليها كثيرةٌ؛ منها[٢]:

- ما يعود إلى الثّمن والْمَثْمُون، لخلل في شرط صحّة العقد عليهما وجوداً وعدماً؛ وإمّا لعدم ماليتهما، أو لنجاستهما، أو لعدم مِلْكلهما، إمّا لأنّه غير قَابلٍ للملك، أو قَابَلَهُ ولكن لا يَملكه الإنسانُ، أو لجهالتهما، أو لعدم القدرة على تسليمهما؛ كالطّير في السّماء، أو السّمك في البحر، وبالجملة كلّ ما يعود إلى الغرر فيهما.
- ما يعود إلى حال المتبايعين، إمّا لعدم أهلّيّتهما للعقد؛ لكونهما غيرَ بَالغِين ولا عَاقلَين.
- ما يعود إلى الحال التي وقع فيها البيع، كالبيع والشّراء بعد النّداء الثّاني لصلاة الجمعة.
- ما يعود إلى شروط فاسدة طرأت على العقد.

ولَقَبُ هذه البيوع كُلّها: بيوعٌ محظورةٌ أو بيوعٌ باطلةٌ أو بيوعٌ فاسدةٌ، هذا بلا خلاف في الجملة.

---

(١) مثلاً: البيع مع جهالة الثّمن فاسدٌ؛ لاختلال الشّرط، والبيع بعد أذان الجمعة الثّاني ممّن تلزمه الجمعة لا يصحّ لوجود مانع.
انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٢/٤، و٥٨٤، ونيل الأرب ص ٢٠٧، والمراجع السّابقة.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

وحكمها: أنّها حرامٌ، واجب الفسخ والرّدّ قبل الفوات بالإجماع؛ حتّى عند الحنفية القائلين بثبوت الملك بالقبض في العقد الفاسد، قالوا: الْملْك المرتَّب عليه ملْكٌ ضعيفٌ خبيثٌ مستحقّ الفسخ والرّدّ، وإن كان مشروعاً في ذاته، إلاّ أنّ الفساد مقترنٌ به ذكراً، ودفعُ الفساد واجبٌ، ولا يُمكن إلاّ بفسخ العقد؛ فيستحقّ فسخه، لكن لغيره لا لعينه، حتّى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ، كما إذا كان الفسادُ لجهالة الأجل فأسقطاه يسقط ويبقى البيع مشروعاً كما كان[1].

ومعنَى كون حكم البيع الفاسد الفسخ والرّدّ: أنّه قبل الفوت باقٍ على ملْك البائع، ولا يجوز للمشتري أن يتصرّف فيه ابتداءً؛ لأنّ جواز التّصرّف مَبْنِيٌّ على ثبوت مِلْكٍ وهو لا يَملكه، ولأنّ ضمان المبيع بيعاً فاسداً على البائع إذا كان قبل قبضٍ المشتري، أو تَمكينه من القبض، فما لا يضمنه إنسانٌ لا يجوز له التّصرّف فيه؛ حتّى لا يدخل في بيع ما لا يضمنه، ولأنّ العقد الفاسد يَجب إلغاؤه، ولا يجوز الاستمرار عليه؛ فلا يبيح التّصرّف، وإن تصرّف فلا يطيب له نَماؤه ولا ربحه، وهذا بلا خلاف[2].

وأمّا لو تصرّف في المبيع بيعاً فاسداً، مُعتقداً صحّته فتبيّن فساده، فتصرُّفُهُ بوجهٍ من وجوه التّصرّف الآتي ذكرها، هل يعدّ التّصرّف فوتاً للمبيع؛ بحيث يستقرّ للمشتري مِلْكُه، ويطيب له، ويضمن المبيع الفاسد

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٤/٤، و٥٩٠، والهداية ٥١/٣، والمقدّمات ٦٥/٢، و٦٧، وعقد الجواهر ٦٧٩/٢-٦٨١، وشرح منتهى الإرادات ١٧٧/٣، و١٩١، و١٩٣، والمحلّى ٣٣٢/٧.

(٢) انظر: رسالة القيرواني ص ٢١٥، والاستذكار ٣٠٤/٦، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٥٧/٦-٢٥٨، و٢٦٣-٢٦٥، ونيل الأرب ص ٢٠٨، و٢١٢، و٢١٤.

بالقيمة يوم القبض، يعني: يوم العقد؟ هذا محلّ الخلاف بين الفقهاء، يأتي بيانه في فقرة موقف المذاهب الفقهية إن شاء الله تعالى.

والمقصود بالرّدّ فيما لم يفت هو: فسخ العقد، وردّ المشتري العين الْمَثمونة المبيعة إن كانت قائمةً باقيةً ثابتةً إلى البائع، وردّ البائع أيضاً الثّمن إلى المشتري؛ لأنّه بيعٌ باطلٌ، ولا يَملكه المشتري، بل هو باقٍ على ملك البائع، وهو مضمونٌ على الْمُشتري إن قبضه ضمان الْمُتلفات سواء بسواء، والثّمن مضمون على البائع إن قبضه[(١)].

والفسخ والرّدّ إمّا بقولٍ أو بفعلٍ، أمّا القول فهو أن يقول مَنْ يملك الفسخ: فسخت أو نقضت أو ردّدت ونحو ذلك؛ فينفسخ بالفسخ نفسه، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، ولا إلى رضا البائع، سواء كان قبل القبض أم بعده؛ لأنّ البيع إنّما استحقّ الفسخ حقّاً لله عزّ وجلّ لما في الفسخ من رفع الفساد،ورفع الفساد حقّ لله -تعالى- على الخلوص؛فيظهر في حقّ الكلّ فكان فسخاً في حقّ النّاس كافّة، فلا تقف صحّته على القضاء ولا على الرّضا[(٢)].

وأمّا الفسخ بالفعل فهو أن يردّ المبيع على بائعه بأيّ وجه كان رَدُّهُ؛ بأن باعه إليه، أو وهبه إيّاه، أو تصدّق عليه به، أو أعاره إليه، أو أودعه إيّاه؛ فإنّ هذا كلّه يعتبر ردّاً للمبيع إلى بائعه، ويبرأ المشتري عن الضّمان؛ لأنّه يستحقّ الرّدّ على البائع؛ فعلى أيّ وجهٍ كان ردّه يقع عن جهة

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٤/٤، والهداية ٤٢/٣، و٥١-٥٣، والمدوّنة ١٨٧/٣، والذّخيرة ١٠٣/٥.

الاستحقاق، بِمنْزلة ردّ العارية والوديعة.

ويُلْحَق بما سبق لو باع المشتري المبيع بيعاً فاسداً من وكيل البائع وسلّمه إليه؛ لأنّ حكم البيع يقع لِمُوَكِّله، وهو البائع؛ فكأنّه باعه للبائع، ولو باعه المشتري مِن عبد بائعه وهو مأذونٌ له في التّجارة؛ فإن لم يكن عليه دَينٌ كان فسخاً للبيع ولا يبرأ المشتري عن ضمانه حتّى يصل إلى البائع؛ لأنّه إذا لم يكن عليه دَينٌ فَحكمُ تصرّفه وقع للمولَى؛ فكان بيعاً مِنَ الْمَولَى، وإن كان عليه دَينٌ فلا يكون فسخاً للبيع، ويتقرّر الضّمان على المشتري؛ لأنّه إذا كان عليه دَينٌ فحكم تصرّفه لا يقع للمَولَى، فلم يكن ذلك بيعاً من الْمَولَى؛ فصار كما إذا باعه من أجنَبيٍّ[1].

وكذلك لو هلك أو نقص المبيع بيعاً فاسداً بفعل البائع[2].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

نصّ القاعدة يُقَسِّم البيوع الفاسدة من حيث الحكم إلى قسمين:

قسمٌ هو مُجْمَعٌ على تحريمه؛ فهذا واجب الفسخ والرّدّ أبداً؛ فات أو لم يَفُتْ، وأنّه إذا لم يتغيّر المبيع بيعاً فاسداً وبقي على حاله؛ فالانتفاع به حرامٌ، والإقدام على بيعها لمشتريها شراءً فاسداً لا يجوز، وشراؤها لِمَن علم بفساد عقدها معصيةٌ، ولكن إنْ وقع وتَمَّ البيعُ، وتصرّف فيه المبتاع؛ ففيه خلافٌ جارٍ[3].

وأيضاً لا خلاف في أنّ الحرام البيِّن مثل الرّبا، لا يفوت بأيّ وجه

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٥، ومواهب الجليل ٦/٢٦٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٩.

(٣) انظر: المدوّنة ٣/١٨٨، والاستذكار ٦/٣٠٤-٣٠٥، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٦/٢٥٦.

إحداث فيه، سواء بتغيّر البدن، أو نقصانه، أم غيره من وجوه الإحداث، بل هو حرامٌ خبيثٌ يجب فسخ العقد وردّ المبيع إلى بائعه، والثّمن إلى المبتاع[١].

وأيضاً لا خلاف في أنّ حوالة الأسواق ليست فوتاً في أربع مسائل: هبة الثّواب، واختلاف المتبايعين، والسّلعة التي هي ثَمن العيب، والكذب في المرابحة، والبيع الفاسد في الأصول، أي: في الأهليّة والمحلّيّة، والمكيل والموزون؛ فالحكم في هذا كلّه الفسخ والرّدّ[٢].

والقسم الثّاني هو مُختلفٌ في تَحريمه:

البيوع المختلف في تَحريمها لا خلاف بين الفقهاء أنّ حكمها حكم القسم الأوّل قبل الفوات وهو الفسخ والرّدّ.

أمّا بعد الفوات ففيه خلافٌ جارٍ بين الفقهاء على تفصيلٍ في ذلك، ولقب هذه الجزئية، هو: فوات المبيع بإحداثٍ فيه، وإمضاء البيع الفاسد، وثبوت مِلْك المبيع بيعاً فاسداً للمشتري، ولا يَجب ردّه على البائع، ويكون للبائع على المشتري قيمته يوم القبض بالغةً ما بلغت، ويعني ذلك كلّه بطلان حقّ الفسخ، ولزوم البيع وتقرّر الضّمان[٣].

والنّظر في هذا القسم في: تحديد البيوع الفاسدة التي الفوت فيها يُعْتَبَرُ مُقَرِّراً للعقد، ثم في تحديد الفوت ما هو؟ ثم في بيان مذاهب الفقهاء في تأثير الفوت في تصحيح العقد.

المسألة الأولى: تحديد البيوع الفاسدة التي الفوات فيها مُصَحِّحٌ للعقد

---

(١) انظر: المدوّنة ٣/١٨٨.

(٢) انظر: الاستذكار ٦/٣٠٤-٣٠٥، والذّخيرة ٦/٢٨٠.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٣/٣٧١، ومواهب الجليل ٦/٢٦٥.

الفاسد:

اختلف الفقهاء في ذلك، والسّبب في اختلافهم يرجع إلى اعتبار تفاوت الأسباب الْمُفسِدة للبيوع قوّةً وضعفاً، وذلك على مذهبين:

المذهب الأوّل: تقسيم البيوع الفاسدة بِحسب أسباب الفساد من حيث قوّتها وضعفها وتفاوتها، وبه قال الحنفية والمالكية في أصل التّقسيم، وإن اختلفوا في مدرك التّقسيم.

فذهب الحنفية إلى التّفريق بينها بناء على مذهبهم في التّفريق بين الباطل والفاسد[١]، فالباطل هو ما لَمْ يُشْرَع في الأصل، أو هو كلّ بيعٍ فاته شرطٌ من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلّية وغيرهما؛ كبيع الخمر، والخنْزير والميتة، والفاسد ما شُرِعَ في الأصل وطرأ عليه الفساد.

والبيع الباطل لا حكم له أصلاً؛لأنّه فائتُ الأصلِ والوصفِ،ولأنّ الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلاّ من حيث الصّورة؛ لأنّ التّصرّف الشّرعِيّ لا وجود له بدون الأهليّة والمحلّيّة شرعاً، كما لا وجود للتّصرّف الحقيقيّ إلاّ من الأهل في المحلّ حقيقة، وأمّا البيوع الفاسدة عندهم فتفيد مِلْكاً في الجملة، وإن كان مِلْكاً مستحقَّ الفسخ والرّدّ؛ لأنّه فائتُ الوصفِ لا الأصل، والمكروه فائتُ الكمال[٢].

وذهب المالكية إلى أنّ البيوع المحظورة تنقسم إلى قسمين: مُحَرَّمة، ومَكروهةٍ، فأمّا المحرّمة فإنّها إذا فاتت مضت بالقيمة، وأمّا المكروهة فإنّها

---

(١) تقدّم الخلاف في مسألة التّفريق بين الباطل والفاسد في القاعدة [٣٨].

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٨٣-٨٤، وبدائع الصّنائع ٥٨٢/٤، و٥٨٤، و٥٩٠-٥٩١، والهداية ٤٢/٣، و٥٠، و٥١-٥٣، وأنيس الفقهاء ص ٧٥.

إذا فاتت صَحَّت عنده ولم تُرَدّ، هكذا أجملها ابن رشد[١]،وسوف أذكر تفاصيل المالكية للبيوع بعد هذا إن شاء الله.

فالقاسم المشترك بين الحنفية والمالكية هو أصل تقسيم البيوع الفاسدة باعتبار تفاوت الأسباب الْمُفْسدة للعقد ضعفاً وقوّةً، وما يُعَدُّ الإحداثُ فيها فوتاً وما لا يُعَدُّ، وإن كان المذهبان مختلفين في مدرك التّقسيم كما تبيّن.

من تعليلاتهم:

١-مراعاة الاختلاف، وهو أنّ ما كان مجمعاً على فساده لَم ينتقل الْملكُ به، ولا شبهة مِلْكِه، ولا يضمنه المبتاع، وأمّا البيع المختلف في فساده لاختلاف طرق الاجتهاد فيه فلا خلاف بين المالكية في مضيه بالفوات، وإيجاب الثّمن[٢].

٢-ولأنّ النّهي وإن كان يقتضي فساد المنهي عنه، فلا يترتّب عليه آثارها، إلاّ أنّه إذا اتّصل بها ما يقرّر آثارها في البيوع خاصّة صحّ، تصحيحاً لعقود النّاس[٣].

٣-ولأنّ الصّحّة لو كانت مفقودةً لامْتَنَع النّهي عنه؛ لأنّه لا يقال للأعمى: لا تبصر؛ لعدم صحّة ذلك منه؛ فدلّ على أنّ النّهي يدلّ

---

(١) انظر:بداية المجتهد٥/٦٦،وانظر:المدوّنة٣/١٨٥-١٨٨،والاستذكار٦/٣٠٤-٣٠٥، والمقدّمات ٢/٦٣، و٦٨، والقوانين الفقهية ص ١٧٢، ومختصر خليل ص ١٧٧، وحدود ابن عرفة ٢/٣٧٧، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٦/٢٢٧، و٢٥٦.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٢/٢٧٨، و٢٨٠، والموافقات ١/١٧٤-١٧٧.

(٣) انظر: الهداية ٣/٥١، والمقدّمات ٢/٦٨، وعقد الجواهر ٢/٦٧٨، وشرح تنقيح الفصول ص ١٣٨، والذّخيرة ١/٨٦، و٥/١٠٦.

على حصول الصّحّة، والصّحّة عبارةٌ عن ترتّب الْملك والآثار والمكنة من التّصرّفات، لذا يجوز أكل الطّعام وغير ذلك مِمّا اشتراه شراءً فاسداً، بناء على حصول الصّحّة المفسّرة بالإذن في التّصرّف(١).

٤-ولأنّ بعض المبيعات؛ كالبناء والغرس، المقصود بها الدّوام وقد حصل بتسليطٍ مِنْ جهة البائع فينقطع حقّ الاسترداد؛ كالبيع؛ لأنّه مَلَكَه، فملك التّصرّف فيه(٢).

٥-ولأنّ هذا بيعٌ مشروعٌ فيفيد الْمِلكَ في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة؛ بدليل أنّ البيع مبادلة شيءٍ مرغوبٍ بشيءٍ مرغوبٍ مالاً أو غير مالٍ، ويشمل مطلق البيع، وقد سمّى الله -تعالى- مبادلة الضّلالة بالهدى شراء وتجارة في قوله -تعالى-: ﴿ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَٰرَتُهُمْ وَمَا كَانُواْ مُهْتَدِينَ ﴾(٣)، والتّجارة: مبادلة المال بالمال، أي: البيع والشّراء بقصد الرّبح(٤).

وقال الله تعالى: ﴿ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ وَٱلْعَذَابَ بِٱلْمَغْفِرَةِۚ فَمَآ أَصْبَرَهُمْ عَلَى ٱلنَّارِ ﴾(٥).

وأطلق الله -تعالى- على شراء الضّلالة والعذاب بيعاً وشراءً، وسمّاه

---

(١) انظر: الهداية ٥١/٣، وشرح تنقيح الفصول ص ١٣٩-١٤٠، والمجموع ٢٧٧/٩، وروضة الطّالبين ٤١٢/٣.

(٢) انظر: الهداية ٥٢/٣.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٦.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٢/٤، وتفسير القرطبي ١٤٤/٥-١٤٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٠٠.

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٧٥.

تجارة مع أنّ كلاً منهما فاسدٌ حرامٌ.

وقال -تعالى-: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ﴾[1]، فسَمَّى الله سبحانه وتعالى مبادلة الأنفس والأموال بالجنة اشتراء وبيعاً كما في آخر الآية: ﴿فَٱسْتَبْشِرُوا۟ بِبَيْعِكُمُ ٱلَّذِى بَايَعْتُم بِهِۦ﴾.

قالوا: والبيع في عرف الشّرع:مبادلة مالٍ متقوّمٍ بِمالٍ مُتقوَّمٍ،وقد وُجِدَ فكان بيعاً[2].

يُجاب عن وجه استدلالهم بالآيات الكريمة أنّ تسمية ذلك كلّه بيعاًوشراءً على وجه المجاز،تشبيهاً بعقود الأشربةوالبياعات التي تحصل بها الأغراض،ولا شكّ أنّ الهدى والضّلال والْجنّة والنّار والعذاب ليس مالاً،ولا مُتقوّماً؛فلا يجوز بيعه،وهو خارج محلّ النّزاع[3].

٦-كما استدلّوا بدلالة الإجماع أيضاً، وهو أنّ الإجماع على أنّ البيع الخالي عن الشّروط الفاسدة مشروعٌ ومفيدٌ للملكِ، وقران هذه الشّروط بالبيع ذكراً لم يصحَّ؛ فالْتَحَقَ ذكرها بالعدم؛ إذ الموجود الْمُلْحَق بالعدم شرعاً والعدم الأصليّ سواء، وإذا أُلْحِقَ بالعدم في البيع خالياً عن الْمُفْسِد، والبيع الخالي عن الْمُفْسد مشروعٌ ومفيدٌ للمِلك بالإجماع، قال في بدائع الصّنائع: «وهذا استدلالٌ قَوِيٌّ»[4].

٧-وبالقياس على النّكاح؛ فإنّ الوطء في فساده يترتّب عليه أحكام الوطء في صحيحه.

---

(١) سورة التّوبة، الآية: ١١١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٢-٥٨٣، وتفسير القرطبي ٥/١٤٥.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٥/١٤٥.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٥٨٣.

٨-وبالقياس على الكتابة؛ فإنّ فاسدها كصحيحها في حصول العتق إذا وجدت الصّفة[١].

أجيب عن القياس على النّكاح بأنّه غير مُسَلَّمٍ، وأنّ الأحكام في النّكاح تتعلّق بِمجرّد العقد لا بالوطء، ولهذا يملك به الطّلاق والظّهار والخلع بخلاف الفاسد، وقد انعقد الإجماع على أنّه لا يملك البضع بالوطء في النّكاح الفاسد، وأمّا ما تعلّق به من وجوب المهر، ولحوق النّسب، والعدّة وسقوط الحدّ، فلم يكن ذلك بسبب العقد، بل لكونه وطء شبهةٍ، ولهذا ترتّب هذه الأحكام على وطء الشّبهة من غير عقد.

والجواب عن القياس على الكتابة؛ أنّ العتق حصلٌ بوجود الصّفة لا بالعقد، ولهذا لو مات السّيّد بطلت الصّفة و لم يعتق بالأداء إلى الوارث[٢].

المذهب الثّانِي: أنّ البيوع الفاسدة كلّها واحدةٌ، لا تنقسم، ولا يُراعَى تفاوت الأسباب الْمُفْسدة فيها، وأنّ الحكم فيها الفسخ والرّدّ على كلّ حالٍ، يعنِي: فاتت أو لَم تفت، وهو مذهب الشّافعية والحنابلة والظّاهرية والحنفية في بعض وجوهٍ[٣].

تعليلهم: أنّ الأصل في البيوع الفاسدة أنّها واجبة الإلغاء، فهي في عداد المعدوم شرعاً، فما كان معدوماً شرعاً فكأنّه معدومٌ حِسّاً؛ فلا

---

(١) انظر: المجموع ٢٨١/٩.

(٢) انظر: المهذّب ٤١/٢-٤٢، والمجموع ٢٨١/٩-٢٨٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٤/٤-٥٨٥، والمهذّب ٤١/٢-٤٢، والمجموع ٢٧٤/٩، و٢٧٧، و٢٨١، وقواعد ابن رجب ص ١٩٤-١٩٥، وشرح منتهى الإرادات ١٥٥/٣-١٦٥، و١٧٤، و١٧٧، و١٩٠-١٩١، ونيل الأرب ص ١٩٥، والمحلّى ٣٣٢/٧-٣٣٤.

يترتّب عليه حكمٌ[١].

ولأنّه لا يَفيد مِلكاً للمشتري، فالمبيع باقٍ على مِلك البائع؛ فيجب ردّه؛ لأنّ القول بانتقالها مفضٍ إلى نقل الأملاك المحرّمة، وإباحة الأموال المحظورة[٢].

ولأنّ البيع وُضِعَ للمِلك لا للإذن، وصحّة التّصرّف فيه تستفاد من الْمِلك لا من الإذن؛ فإذا كان العقد فاسداً لا يثبت الْمِلكُ؛ فتصرُّفُهُ إذاً مَبْنِيٌّ على شيءٍ غير صحيحٍ، بخلاف العقود الجائزة؛ كالوكالة؛ فإنّها موضوعةٌ للإذن[٣].

أجيب عنه بأنّه غير مُسَلَّمٍ؛ لأنّ هذا المشتري لولا إذن البائع ما تَصرَّفَ، فيقال حينئذ: الْمِلْكُ لا يثبت لكن التّصرّف صحيحٌ بناء على أنّ الرّجل أعطاه المبيع علَى أنّه مِلْكُهُ، وهذا تَصَرَّفَ على أنّه مِلْكُهُ؛ فيكون التّصرّف صحيحاً[٤].

ولأنّ النّهي في المعاملات يعتمد وجود المفسدة الخالصة أو الرّاجحة في المنهي عنه؛ فلو ثبت الملك والإذن في التّصرّف لكان ذلك تقريراً لتلك المفسدة، والمفسدة لا ينبغي أن تقرّر، وإلاّ لَما ورد النّهي عنها، والمقـرَّر ورود النّهي عنها[٥].

ولعلّ الرّاجح في نظري هو القول باعتبار درجات الأسباب المفسِدة

---

(١) انظر: الهداية ٥١/٣، ونيل الأرب ص ٢١٢.
(٢) انظر: المحلّى ٣٣٢/٧، و٣٣٣.
(٣) انظر: قواعد ابن رجب ص ٢١٠، ونيل الأرب ص ٢١٠.
(٤) انظر: نيل الأرب ص ٢١٠.
(٥) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ١٣٨.

للبيوع، وتفاوتها في التّأثير ضعفاً وقوّةً، وبالتّالي انقسام البيوع على هذا الاعتبار؛ لمَا تقرّر أنّ الفساد بقدر الْمُفْسِد؛ ولأنّ الحكم يثبت بقدر العلّة، والْمُفسد خاصّ في بعضها فلا يتعمّم الحكم مع خصوص العلّة[1].

وقيّد المالكية في المذهب تأثير الإفاتة بعدم التّهمة، فلو اتّهم بقصد التّحايل، بأن كان يعلم الفساد، وباعه يقصد بالبيع الإفاتة والتّفويت؛ فبيعه غير ماضٍ، ولا يُعَدُّ فوتاً، أمّا لو باعه قبل قيام البائع عليه فهو فوتٌ[2].

أمّا قولهم: النّهي في المعاملات يعتمد وجود المفسدة الخالصة أو الرّاجحة في المنهي عنه؛ فدليلٌ للقول بالتّفريق بين الأسباب المفسدة، واعتبار تفاوتها، فما كان خالصةً منها أو راجحةً أثّرت في الحكم؛ فأفسدت البيع، وإلاّ فلا؛ لكون الفساد الذي يرجع إلى البدل لا يكون قويّاً؛ لكونه مُحتَملاً للحذف والإسقاط[3].

ولأنّ الأسباب الشّرعية في المعاملات ليس من شرط إفادتها للملك أن تكون مشروعةً في نفسها، فالسّرقة مُحرَّمةٌ،وهي سبب القطع والغرم وسقوط العدالة وغير ذلك، وكذلك الطّلاق في زمن الحيض حرامٌ، ويترتّب عليه أثره الذي هو إزالة العصمة فقد يكون السّبب حراماً، وقد يكون واجباً كالزّواج في حقّ مَنْ وجب عليه،ويكون ذلك سبباً لوجوب النّفقة وغيرها، والإعتاق الواجب سببٌ للولاء وغيره، وقد يكون مندوباً؛

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٨/٤، و٤٣٥، و٥٨٢، و٥٨٤، والهداية ٥٠/٣.
(٢) انظر: مواهب الجليل ٢٦٦/٦-٢٦٧.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٤/٤.

كالزّواج المندوب، والعتق المندوب،وقد يكون مباحاً؛ كالزّواج المباح، وقد يكون مكروهاً؛ كالزّواج المكروه؛ فقواعد الشّريعة تشهد أنّه ليس من شرط السّبب أن يكون مشروعاً ولا مساوياً لِمُسبِّبه في الحكم، بل يكون السّبب حراماً والمترتّب عليه واجباً[1].

ولأنّهم -أيضاً- فرّقوا بين البيوع الفاسدة؛ حيث إنّ الاحتكار حرامٌ على الصّحيح عند الشّافعية، وفصّلوا في بيع حاضرٍ لبادٍ، وكذا النَّجَش[2]، والعِينة[3]، والبيع بعد النّداء يوم الجمعة[4]؛ حيث لم يقتض النّهي الفساد فيها[5]؛ فدلّ على صحّة اعتبار تفاوت أسباب الفساد في البيوع.

كما اتّفق الجميع على التّفريق بين النّكاح الباطل والفاسد؛ لتفاوت السّبب قوّةً وضعفاً، فالنكاح الباطل هو المجمع على فساده، ولا يحتاج إلى طلاقٍ بل ينفسخ تلقائيّاً، والفاسد منه هو المختلف في فساده.

مثال النّكاح الباطل: لو عقد رجلٌ على امرأةٍ، ثم تبيّن أنّها أخته من الرّضاع؛ فالنّكاح باطلٌ بإجماع العلماء، ولا يلزم فيه طلاقٌ.

ومثال النّكاح الفاسد، لو عقد رجلٌ على امرأةٍ بدون وَلِيٍّ؛ فإنّه نكاحٌ فاسدٌ لاختلاف العلماء فيه، ويلزم الزّوجَ فيه طلاقٌ خروجاً من

---

(١) انظر: الهداية٣/٥٢،والموافقات١/١٧٤،و١٧٦،وشرح تنقيح الفصول ص١٣٩.
(٢) هو: أن يزيد في ثَمن السّلعة المعروضة للبيع، وهو غير راغبٍ فيها ليغرّ غيره. انظر: روضة الطّالبين ٣/٤١٦.
(٣) هي: أن يبيع غيره شيئاً بثَمنٍ مؤجَّلٍ، ويُسلّمه إليه، ثم يشتريه قبل قبض الثّمن بأقلّ من ذلك الثّمن نقداً. انظر: روضة الطّالبين ٣/٤١٨-٤١٩.
(٤) انظر: المهذّب ١/٣٥٨، والمجموع ٤/٢٥٥، وروضة الطّالبين ٢/٤٧، و٣/٤٢٠.
(٥) انظر: روضة الطّالبين ٣/٤١٣، و٤١٤، و٤١٦.

الخلاف؛ لتبقى هذه المرأة لا شبهة في نكاحها[١].

ولأنّ الأصل في المعاملات الصّحّة والإباحة حتّى يرد دليلٌ موثوقٌ لا مدفع فيه، ولَم يوجد هنا[٢].

فهذه الأمور تجعل القول القاضي باعتبار تفاوت أسباب الفساد قوّةً وضعفاً في ترتّب آثار العقود عليها راجحاً صواباً، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

المسألة الثّانية: تحديد ما يُعَدُّ فوتاً:

بناء على ترجيح القول بتقسيم البيوع باعتبار العلّة المفسدة حسب تفاوتها قوّةً وضعفاً، وأنّ منها ما يصحّ بالفوات ومنها ما لا يصحّ به، فما هو الفوات المعتبر؟

أسباب الفوات المعتبر أربعةٌ هي: تغيّر الذّات، وتغيّر السّوق، والخروج عن اليد بالبيع، وتعلّق حقّ آخر بالمبيع[٣].

وعبّر عنها الحنفية بِمُبطِل الفسخ،وعدّوا منها: صريح الإبطال والإسقاط، بأن يقول: أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع؛ أو ألزمته؛

(١) انظر: مواهب الجليل ٢٥٥/٦، ونيل الأرب ص ٢٠٨، و٢١٦.
(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٣/٤.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٤/٤، والهداية ٥٢/٣، والمدوّنة ١٨٥/٣-١٨٨، والاستذكار ٣٠٤/٦، وعقد الجواهر ٦٧٩/٢-٦٨١، والقوانين الفقهية ص ١٧٢، والذّخيرة ٩٠/٥، و٩٨، و١٠٨، و٢٨٠/٦، و٢٨٣، و٢٣٨/٧، و٢٤٤، ومختصر خليل ص ١٧٧، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٢٦/٦، و٢٥٥-٢٦٧، والمجموع ٢٧٧/٩، وقواعد ابن رجب ق (٤٦) ص ٢٠٧-٢١٠، ونيل الأرب ص ٢٠٧-٢١٠.

لأنّ وجوب الفسخ عنده ثبت حقّاً لله -تعالى- دفعاً للفساد، وما ثبت حقّاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً؛ كخيار الرّؤية، لكن قد يسقط بطريق الضّرورة بأن يتصرّف العبد في حقّ نفسه مقصوداً؛ فيتضمّن ذلك سقوط حقّ الله ﷻ بطريق الضّرورة، أو يفوّت محلّ الفسخ أو غير ذلك[1].

السّبب الأوّل: تغيّر الذّات، وهو عاملٌ في جميع أنواع الْمَبيعات الأربعة: العقار، والعروض، والحيوان، وذوات الأمثال من المكيلات والموزونات والمعدودات؛ فيفوت العقار بذهاب عينه واندراسه الذي يقوم مقام ذهاب عينه؛ إذ يستحيل ردّ العين بعد إتلافها.

وتفوت الدّور بالهدم والبناء، والأرض بالغرس فيها، وقلعه منها، وحفر الآبار، وشقّ العيون، وما في معنَى ذلك؛ لكون هذه الأحوال يَتحوّل معه الغرض المقصود من العقار، إذا تبدل الغرض المقصود من العين صارت كأنّها غير موجودة.

وتفوت العروض بذهاب عينها وتغيّرها في ذاتها، وكذلك الحيوان وذوات الأمثال.

السّبب الثّاني: تغيّر السّوق وحوالته، يختصّ عمله في المشهور عند المالكية بالنّوعين المتوسطّين: العروض والحيوان[2]، وإنّما كان تغيّر السّوق مفيتاً للمعادلة بين المتبايعين لنفي الضّرر عنهما؛ إذ لو قُضِيَ بالرّدّ بعد تغيّر السّوق لَخُصِّصَ أحدُهما بالضّرر، مع اشتراكهما في سبب

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٥، والمدوّنة ٣/١٨٧.

(٢) وأعمله في رواية ابن وهب في الأنواع الأربعة. انظر: المدوّنة ٣/١٨٥-١٨٨.

الفسخ، ودخولهما فيه دخولاً واحداً، وبهذا يفارق الرّدّ بالعيب.

السّبب الثّالث: خروج المبيع عن اليد بالبيع، فهو عاملٌ في أنواع المبيعات بأسرّها؛ فَمَن اشترى شيئاً منها شراء فاسداً فقبضه، ثم باعه بيعاً صحيحاً؛ فإنّ بيعه يُنَفَّذُ، ويكون فوتاً يَمنَع من الرّدّ؛ لكون البائع سَلَّم المبيع للمبتاع، وقد أذن له في التّصرّف فيه، ومِن التّصرّف فيه بيعه، ولو قُدِّرَ أنّ الملك لم ينتقل ولا شبهته لكان ينبغي أن يُنَفَّذَ هذا العقد الثّانِي؛ لكون البائع أذن فيه وسلّط عليه.

السّبب الرّابع: تعلّق حقّ غير البائع والمبتاع بهذا المبيع بيعاً فاسداً، وذلك كرهن السّلعة، وإجارتها، وإخدامها إن كان حيواناً، ووقعت الخدمة إلى أجلٍ محدود؛ حتّى تجري مجرى الإجارة في حكم الفوت، فهو عاملٌ أيضاً في جميع أنواع المبيعات الأربعة.

المسألة الثّالثة: تأثير هذه الأسباب في فوات المبيع:

للفقهاء مذهبان في اعتبار تلك الأسباب مؤثّرةً في إمضاء العقد، وتصحيحه، وتقرير المِلْك للمشتري وثبوته، وهذا -كما سبق- إنّما هو في البيوع المختلف فيها، وأمّا المجمع على تحريمها فلا خلاف بين الفقهاء في خبثها، وبطلانها، وأنّها لا يثبت عليها مِلْكٌ، فحكمها الفسخ والرّدّ أبداً فاتت أم لَمْ تَفُت.

المذهب الأوّل: تأثير هذه الأشياء واعتبارها فوتاً للمبيع، وبه قال الحنفية والمالكية؛ أمّا الحنفية فلأنّ النّهي ليس لذاته فلا يفيد الفساد، وأمّا المالكية فمراعاةً للاختلاف في هذه البيوع المكروهة، ولأنّ العدل إذا فاتت السّلعة هو الرّجوع بالقيمة؛ لأنّه قد تُقْبَضُ السّلعةُ وهي

تساوي ألفاً، وتُرَدُّ وهي تساوي خَمسمائة، أو بالعكس[١].

المذهب الثّاني: مذهب الشّافعية والحنابلة في المذهب والظّاهرية؛ فلا يرون هذه الأسباب مفيدةً للبيع، بل تصرّفُ المشتري في المبيع بيعاً فاسداً باطلٌ لا يُنَفَّذُ، ولا يصحّ فيه شيءٌ، لا هِبَةٌ، ولا تَدبيرٌ، ولا عِتْقٌ، ولا بيعُهُ، ولا شيءٌ من تصرّفاته، وهو مفسوخٌ أبداً، ويردّ بِحاله، وهو على مِلْك البائع، والمصيبة منه، فإذا فات عند المشتري بذهاب عينه، أو فقده، أو استهلاكه لَزِمه فيه القيمة في حين فوته، وذهاب عينه، ولا يُعتبر سوقه، وحكمه حكم المغصوب سواء بسواء[٢].

قال في المجموع: «مَتَى اشترى شيئاً شراء فاسداً لشرطٍ مُفسِدٍ أو لسببٍ آخر، لَم يجز له قبضه، فإن قبضه لم يملكه بالقبض، سواء علم فساد البيع أَم لا، ولا يصحّ تَصرُّفُهُ فيه ببيعٍ ولا إعتاقٍ ولا هبةٍ ولا غيرها، ويلزمه ردُّهُ إلى البائع وعليه مؤونة الرّدّ كالمغصوب، وكالمقبوض بالسّوم، ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثّمن»[٣].

الرّاجح؛ الذي يترجّح في نظري أنّه إذا تعقّب القبضَ الفواتُ

---

(١) انظر: مختصرالقدوري ص ٨٤، وبدائع الصّنائع ٥٤٨/٣، و٥٨٣/٤-٥٨٥، والبيان والتّحصيل ٢٦٤/٧-٢٦٦، وعقد الجواهر ٦٧٢/٢، وشرح تنقيح الفصول ص ١٤٠، ومختصر خليل ص١٧٧، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٥٦/٦، وحاشية الدّسوقي ٦٧/٣، ومختصر المزني ص ١٢٧، والمهذّب ٤٠/٢-٤١، والمجموع ٢٧٤/٩-٢٧٩، والمغني ٤٣/٦، و٣٣٤، و١٧٩/٧، و٥٦٥، و٤٠٥/١٤، وشرح منتهى الإرادات ١٧٤/٣-١٧٥، و١٧٧.

(٢) انظر: المجموع ٢٧٤/٩، و٢٧٧، وقواعد ابن رجب ق (٤٦)، ص ٢٠٧-٢١٠-٢١٦، والمحلّى ٣٣٢/٧.

(٣) المجموع للنّووي ٢٧٤/٩، و٢٧٧، وانظر: روضة الطّالبين ٤١٠/٣، و٤١٢.

بتصرّفٍ في المبيع؛ فإنّ الْمِلكَ يتقرّر، ويجب المثل في ذوات الأمثال، والقيمة في ذوات القيمة، هذا فيما مضى، وأمّا فيما يستقبل فلا يُنَفَّذ، قال في نيل الأرب: ((ما دام العقدُ فاسداً؛ فإنّ الأحكام التي مَضَتْ تُنَفَّذُ، والأحكامُ المستقبلةُ لا تُنَفَّذُ))(١).

هذا هو الفقه في المسألة، ومقتضى العدل إمضاء العقد، وإيجاب الرّجوع إلى القيمة، تصحيحاً لعقود النّاس، وتفريقاً بين الأحكام الماضية والمستقبلة، لذلك قال الإمام ابن رشد بعد مناقشته لهذه الجزئية: ((...ومالك في هذه المسألة أفقه من الجميع))(٢).

قال في الموافقات: ((وأمّا قسم الممنوع؛ فإنّ ثبوت تلك الأحكام إنّما نشأ من الحكم بالتّصحيح لذلك النّكاح بعد الوقوع، لا من جهة كونه فاسداً؛ حسبما هو مبيَّنٌ في موضعه، والبيوع الفاسدة من هذا النّوع؛ لأنّ لليد القابضة هنا حكم الضّمان شرعاً، فصار القابض كالمِلْك للسّلعة بسبب الضّمان لا بسبب العقد؛ فإذا فاتت عينها تعيّن المثل أو القيمة، وإن بقيت على غير تغيّرٍ ولا وجه من وجوه الفوت؛ فالواجب ما يقتضيه النّهي من الفساد، فإذا حصل فيها تغيّر أو نحوه مِمّا ليس بِمفيتٍ للعين، تواردت أنظار المجتهدين: أيكونُ ذلك في حكم الفوت جملة بسبب التّغيّر أم لا؟ فبقي حكم المطالبة بالفسخ، إلاّ أنّ في المطالبة بالفسخ حملاً على صاحب السّلعة إذا رُدَّت عليه متغيّرة مثلاً، كما أنّ فيها حملاً على المشتري؛ حيث أعطى ثَمناً و لم يحصل له ما تعنَى فيه من وجوه التّصرّفات

---

(١) نيل الأرب للشّيخ محمّد العثيمين ص٢١٠،وانظر:قواعدابن رجب ص٢١٢-٢١٦.

(٢) بداية المجتهد ٣٧٢/٣.

التي حصلت في المبيع؛ فكان العدل النّظر فيما بين هذين؛ فاعتبر في الفوت حوالة الأسواق، والتّغيّر الذي لم يفت العين، وانتقال الملك، وما أشبه ذلك من الوجوه المذكورة في كتب الفقهاء، وحاصلها أنّ عدم الفسخ، وتسليط المشتري على الانتفاع ليس سببه العقد المنهي عنه، بل الطّوارئ المترتّبة بعده»[(١)].

قال في نيل الأرب:«القاعدة في ذلك:أنّ كلّ شيءٍ أُخِذَ بإذن الشّارع،أو بإذن مالكه؛ فإنّه غير مضمونٍ إلاّ بتعدٍ أو تفريطٍ،وبناء على هذا؛فإنّ المقبوض بعقدٍ فاسد فيه إذن المالك دونً إذن الشّرع؛ فيكون على القول الرّاجح غيرً مضمونٍ إلاّ إذا تعدَّى أو فرّط»[(٢)].

وقال فيه أيضاً: «والصّواب الذي يظهر لِي أنّ الذي قُبِضَ بعقدٍ فاسد، أنّه تترتّب عليه أحكامه، لا من حيث إنّه عقدٌ فاسدٌ، ولكن من حيثً إنّ هذا الْمُؤَجِّرَ قد أذن لذلك الرّجل بالتّصرّف فيه...، وكذلك لو باع بيعاً فاسداً...»[(٣)].

إلاّ أنّ المالكية اختلفوا في تعميم هذا الحكم في جميع البياعات الفاسدة؛ ما اتّفق على فساده منها، وما اختلف فيه، أو تخصيصه بِما كان من الحرام البيِّن من الرّبا وغيره، فأمّا ما كره النّاس إذا فات فيمضي بالثّمن، والظّاهر عندهم التّخصيص[(٤)].

---

(١) الموافقات للشّاطبي ١/١٧٦، وانظر: عقد الجواهر ٢/٦٧٩.
(٢) نيل الأرب للعلاّمة الشّيخ محمّد بن صالح بن عثيمين ص ١٩٦.
(٣) نيل الأرب للشّيخ العثيمين ص ٢١٠.
(٤) وهو رواية ابن القاسم، وعليه اقتصر ابن رشد.
انظر: المقدّمات ٢/٦٧، وبداية المجتهد ٣/٣٧١، وعقد الجواهر ٢/٦٧٩.

وإذا تحقّق السّبب المفيت للبيع الفاسد، وحُكِمَ بِموجبه لَم يرتفع الحكم بارتفاع السّبب، ولو حصل السّبب فلم ينظر فيه حتّى زال، فهل يرتفع حكم الفوت بارتفاع السّبب؟

إذا كان الفوت بِحوالة السّوق لم يرتفع حكمه بعود السّوق الأوّل، وأمّا إذا كان بالبيع فقيل: هو مثل حوالة السّوق لم يرتفع حكمه -أيضاً- وقيل: إنّ حكم الفوت يرتفع برجوعه إلى يد بائعه[١].

قال في شرح تنقيح الفصول: ((تنبيه: قال مالك والشّافعي وابن حنبل: إنّ النّهي يدلّ على الفساد، وقال أبو حنيفة: هو يدلّ على الصّحّة؛ فالكلّ طردوا أصولهم إلاّ مالكاً؛ فقال أبو حنيفة: يجوز التّصرّف في المبيع بيعاً فاسداً ابتداء، وهذا هو الصّحّة، وقال الشّافعي ومَنْ وافقه: إنّ الْمِلك لا يثبت أصلاً، ولو تداولته الأملاك، وهذا هو الفساد، وقال مالكٌ بالفساد في حالة عدم الأمور الأربعة المتقدّم ذكرُهَا وبعدمه، وتقرّر الْمِلك إذا طرأ أحدها، فلم يطرّد أصله))[٢].

وحيث وجبت القيمة في البيع الفاسد فأجرة المقوِّمين على المتبايعين جميعاً[٣].

تنبيه: البيوع عند المالكية:

ذهب المالكية إلى أنّ البيوع تنقسم باعتبار الصّحّة والفساد إلى

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٦/٤، والمدوّنة ١٨٥/٣، وعقد الجواهر ٦٨١/٢، ومواهب الجليل ٢٦٠/٦، و٢٦٧.
(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ١٤٠، وانظر: المهذّب ٤١/٢.
(٣) انظر: مواهب الجليل ٢٥٨/٦.

صحيحٍ وفاسدٍ، والفاسد -أيضاً- ينقسم من حيث رفعه وعدمه، قال في الحدود: «الفاسد مِنَ البيوع نوعان: ما لا يصحّ رَفعُ الْمُكَلَّفِ أثرَ فساده، وما يصحّ لِلمُكَلَّف رَفعُ أثر فساده، وهو ذو حقٌّ لآدَمِيٍّ فقط، كبيع الأجنبيّ غير وكيل»[1].

فالبيوع الفاسدة تنقسم إلى ثلاثة: بيوعٌ جائزةٌ، وبيوعٌ مَحظورةٌ، وبيوعٌ مكروهةٌ.

وأمّا البيوع المحظورة فهي أيضاً تنقسم إلى قسمين[2]:

القسم الأوّل: ما كان محظوراً لِحَقّ آدَمِيٍّ؛ فهذا عندهم إجازته موقوفةٌ على إجازة مَنْ حظرت لِحَقِّه، كما في البيع وشرط السّلف.

القسم الثّاني: ما كان مَحظوراً لِحَقّ الله -تعالى- وهو أيضاً على أربعة أنواعٍ:

أوّلاً: ما كان محظوراً لِتَعَلُّقه بالمحظور في الشّرع دون أن يطابقه نَهْيٌ، أو يَختلّ فيه بشرطٍ من الشّرائط المشترطة في صحّته، مثاله: البيع قبل الصّلاة في آخر وقتها بقدر ما لا يدرك قبل تَمام البيع إلاّ ركعةً من الصّلاة، وهو يعلم أنّه يفوته جميع الوقت باشتغاله بالبيع، ومثال البيع والشّراء في موضعٍ مغصوبٍ،وما أشبه ذلك؛ فالبيع على هذا الوجه حرامٌ

(١) حدود ابن عرفة ٢/٣٧٧.

(٢) انظر: المدوّنة ٣/١٨٥-١٨٨، والبيان والتّحصيل ٧/٢٦٤، و٢٦٥، والمقدّمات ٢/٦٣-٦٩، وعقد الجواهر ٢/٦٧٢، والقوانين الفقهية ص ١٧١-١٧٢، وحدود ابن عرفة ٢/٣٧٧، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٦/٢٤٢، و٢٤٦، و٢٥٦، و٢٦٣-٢٦٧.

محظورٌ غير جائزٍ، إلاّ أنّه إذا وقع لَمْ يُفْسَخ مطلقاً؛ فات أو لَمْ يَفُت باتّفاقٍ، إلاّ ماكان مِنْ هذا النّوع عِلّةُ الحظر فيه باقيةٌ ببقاء البيع، مثل شراء النّصرانِي المصحف الشّريف، والعبد المسلم.

ثانياً: ما طابقه النّهيُ، ولكن لم يَختلّ فيه شرطٌ من الشّرائط المشترطة في صحّته، مثاله:البيع في وقت الجمعة، وبيع حاضرٍ لبادٍ، وبيع الرّجل على بيع أخيه، وبيع التّلقّي، وما أشبه ذلك من البيوع، وهذا محلّ الخلاف بين أهل العلم إذاوقع على مذهبين، مدرك خلافهم فيه هو اختلافهم في القاعدة الأصولية هي: آلنّهي يقتضي فساد المنهي عنه أم لا؟

فَمَنْ رأى أنّ النّهي لا يقتضي فساد المنهي عنه وخاصّة إذا اختلفت جهة النّهي والمنهي، قال: لم يفسخ البيع على كلّ حالٍ، سواء كانت السّلعة باقيةً لم تفت، أم فائتةً.

ومنْ رأى أنّ النّهي يقتضي فساد المنهي عنه، قال: يفسخ البيع على كلّ حالٍ، وسواء كانت السّلعة باقيةً أو فائتةً، فإن كانت قائمةً رُدَّت عينها، وإن كانت فائتةً رُدَّت قيمتها، وكان ردّ قيمتها كردّ عينها، وقيل: يفسخ البيع إن كانت السّلعة قائمةً، فإن فاتت مضت بالثّمن، و لم تُردّ القيمة، وهو قولٌ بين القولين لا يجري على قياسٍ.

ثالثاً: ما طابقه النّهي، واختلّ فيه شرطٌ من شرائط صحّته، كما لو كان مبلغ الثّمن والمثمون مجهولاً غير معلومٍ، مثاله: بيع الملامسة[1]، والمنابذة[2]،

(١) الملامسة؛ أن يلمس المشتري الثّوب؛ فيلزمه البيع بلمسه وإن لم يتبيّنه. انظر: عقد الجواهر ٦٧١/٢.

(٢) المنابذة؛ أن ينبذ ثوبه إلى الآخر، وينبذ الآخر ثوبه إليه، فيجب البيع بذلك. انظر: =

وحَبَل الحبلة[1]، فهذا النّوع ينفسخ على كلّ حالٍ، أي: فات أم لَمْ يَفُت، ولا خيار في ذلك لأحد الْمُتبايِعين، وتُرَدُّ السّلعةُ إلى البائع إن كانت قائمةً، أو قيمتها يوم القبضِ إن كانت فائتةً، ويَرُدُّ البائعُ الثَّمَنَ على الْمُشْتَرِي.

رابعاً: بيوع الشّروط، التي تُسَمَّى بيوع الثّنيا،وهي التي اشتملت على شروطٍ جُعْلِيَّة، فما كان من الشّروط مقصداً من مقاصد العقد، أو يقتضيه العقد، أو فيها منفعةٌ لأحد العاقدين، وبالجملة ما لا يقتضي التّحجير على أحدهما فهو شرطٌ جائزٌ يلزم الوفاء به، وما كان منها يقتضي التّحجير على أحدهما في السّلعة التي اشتراها فهذا النّوع من البيوع للمالكية فيه قولان:

أحدهما: أنّه يفسخ ما دام البائعُ مُتَمَسّكاً بشرطه، وإِنْ ترك الشّرط صحَّ البيع، وإن فاتت كان فيها الأكثر من القيمة أو الثّمن.

القول الثّانِي: أنّ حكمه حكم البيوع التي فسدت للإخلال بشرط من شروط صحّتها؛ فيفسخ على كلّ حالٍ، أي: سواء كانت قائمةً أو فائتةً، شاء المتبايعان أو أبيا، ولا خيار في ذلك لواحدٍ منهما؛ فإن كانت السِّلعةُ قائمةً رُدَّت بعينها، وإن كانت فائتةً رُدَّت قيمتها على البائع بالغةً ما بلغت، ورُدَّ الثّمنُ على المشتري.

وأمّا البيوع المكروهة عند المالكية؛ فهي التي اختلف أهل العلم في

=

المرجع السّابق.

(١) هو بيع الجزور إلى أن تنتج النّاقة، ثم تنتج التي في بطنها،أي:بيع نتاج نتاج النّاقة.انظر:المرجع السّابق.

إجازهَا، والحكم فيها أنّها تفسخ ما دامت قائمةً، فإن فاتت لَم تُرَدَّ، مراعاةً للاختلاف فيها، وبعضها أيضاً أشدّ من بعضٍ، فمنها ما العقد فيه فوتٌ، ومنها ما القبض فيه فوتٌ، ومنها ما فواتُ العين فيه فوتٌ، ومنها ما يختلف فيما يفوت به كشراء الزّرع إذا أفرك قبل أن ييبس[١].

وللحنابلة -أيضاً- تفصيلٌ في العقود الفاسدة؛ حيث قسّموها إلى عقودٍ فاسدةٍ تنعقد مع فسادها، ويترتّب عليها آثارها الصّحيحة، وأخرى لا تنعقد[٢].

وهناك قولٌ مُخرَّجٌ بصحّة التّصرّف في البيع الفاسد على النّكاح الفاسد، وقيل: باحتمال نفوذ الإقالة في البيع الفاسد[٣].

من أدلّة الضّابط:

يستدلّ لثبوت هذا الضّابط وصحّته بأدّلة القائلين باعتبار تفاوت الأسباب الْمُفْسدة للعقد ضعفاً وقوّةً، وأنّ طريان الأسباب المتقدّم ذكرها فوتٌ للمبيع بيعاً فاسداً.

من تطبيقات القاعدة:

١-كلّ بيع انعقد فاسداً فضمان السّلعة فيه من البائع حتّى يقبضها المشتري، وكلّ ما كان من حرامٍ بيّنٍ فعلى المبتاع ردّ السّلعة بعينها؛

---

(١) انظر: المقدّمات ٦٨/٢، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٥٦/٦.

(٢) انظر: قواعد ابن رجب ق (٤٦) ص ٢٠٧-٢١٠، وق (٤٧)، ص ٢١١-٢١٦، ونيل الأرب ص ٢٠٧-٢١٠.

(٣) انظر: قواعد ابن رجب ق (٤٦)، ص ٢٠٧-٢١٠، ونيل الأرب ص ١٩٦، و٢٠٧-٢١٠.

لأنّ الإحداث لا يغير شيئاً في المبيع بيعاً فاسداً مجمع على فساده؛ فحكمه الفسخ والرّدّ مطلقاً أبداً، فات أو لم يفت؛ فإن فات بيده ردّ القيمة فيما له قيمةٌ، والمثل فيما له مثلٌ من موزونٍ أو مكيلٍ أو معدود، من طعامٍ أو عروضٍ، وجزاف الطّعام كالعروض فيه القيمة، والقيمةً في ذلك يوم قبضها لا يوم البيع(١).

٢- إذا اشترى شراء فاسداً، فإنّه واجب الرّدّ، ما لم يُحدث فيه حدثاً، فلو باعه المشتري أو وهبه أو تَصَدَّقَ به أو رهنه بطل حقّ الفسخ، ومضى العقد بالثّمن أو القيمة؛ لأنّه تَصَرَّفَ في محلٍّ مَملوك له، فَنَفَذَ تَصَرُّفُهُ، ولا سبيل للبائع على بعضه؛ لأنّه حصل عن تسليط منه، ويطيب للمشتري الثّاني؛ لأنّه مَلَكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأوّل(٢).

٣- لو كان المبيع بيعاً فاسداً ثوباً فقطعه المشتري، وخاطه قميصاً، أو صبغه بطل حقّ الفسخ؛ لأنّه فوتٌ، وتقرّر عليه قيمته يوم القبض، والأصل في هذا أنّ المشتري إذا أحدث في المبيع صنعاً لو أحدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حقّ المالك، يبطل حقّ الفسخ ويتقرّر حقّه في ضمان القيمة بالمثل، وكذلك إذا كان المبيع قطناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو حنطة فطحنها، أو سمسماً أو عنباً فعصره، أو ساحةً فبَنَى عليها، أو شاةً فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك، يبطل حقّ الفسخ، ويتقرّر عليه قيمته؛ لأنّه فوت(٣).

---

(١) انظر: المدوّنة ١٨٨/٣، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٥٧/٦-٢٥٩.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٥/٤-٥٨٧، والمدوّنة ١٨٥/٣-١٨٨، ومواهب الجليل ٢٥٦/٦-٢٦٦، والمجموع ٢٧٧/٩، وروضة الطّالبين ٤١٢/٣، ونيل الأرب ص ١٩٦، و٢١٠.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٩/٤، ومواهب الجليل ٢٢٧/٦، و٢٦٥.

٤-الإجارة ليست من الأسباب الْمُفيتة للبيع؛ لأنّها وإن كانت عقداً لازماً، إلاّ أنّها تفسخ بالعذر، ولا عذر أقوى من رفع الفساد؛فتنفسخ به،وتُسَلَّمُ الأجرةُ للمشتري؛ لأنّ المنافع لا تتقوّم إلاّ بالعقد، والعقد وجد من المشتري، فكانت الأجرة له، وهل تطيب له؟ ينظر: إن كان قد أدّى ضمان القيمة ثم آجر طابت الأجرة له؛ لأنّ الضّمان بدلُ الْمَضمون قائمٌ مقامه؛ فكانت الأجرة ربح ما قد ضمن، وإن آجر ثم أدّى الضّمان فلا تطيب له؛ لأنّها ربح ما لم يضمن[1].

٥-لو أوصى به صحّت الوصية، ثم إن كان الموصي حيّا بَعدُ؛ فللبائع حقّ الاسترداد؛ لأنّ الوصية تصرّفٌ غير لازمٍ حال حياة الموصي، بل محتملٌ، وإن مات بطل حقّه؛ لأنّ الثّابتَ للموصَى له مِلكٌ جديدٌ، بخلاف الثّابت للوارث، إذا مات مورِّثه المشتري شراء فاسداً؛ لأنّه لا يبطل حقّ الفسخ، وللبائع أن يستردّ مِن ورثته، وكذا إذا مات البائع؛ فلورثته ولاية الاسترداد؛ لأنّ الثّابت للوارث عين ما كان للمورِّث، وإنّما هو خَلْفُهُ قائمٌ مقامه، ولهذا يردّ الوارث بالعيب، ويُرَدُّ عليه، وملك المورِّث مضمون الرّدّ، مستحقّ الفسخ، بخلاف الموصَى له؛ فإنّ الثّابت ملكٌ جديدٌ حصل بسببٍ جديد، ولهذا لم يردّ بالعيب، ولا يُرَدَّ عليه، ولم يكن مستحقّ الفسخ[2].

٦-أنّ نَماء المبيع بيعاً فاسداً في يد المشتري؛ ينظر فيه: فإن كان نَماء مُتَّصِلاً مُتولِّداً من الأصل؛ كالسّمن والجمال؛ فإنّه ليس فوتاً، ولا يمنع

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٧/٤، ومواهب الجليل ٢٦١/٦، و٢٦٦، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٣/٣، ونيل الأرب ص ١٩٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٧/٤، والمجموع ٢٧٧/٩، وروضة الطّالبين ٤١٢/٣.

الفسخ والرّدّ؛ لأنّ هذا النّماء تابعٌ للأصل حقيقةً، والأصل مضمون الرّدّ فكذلك التّبع.

٧-وإن كان نَماء المبيع نَماء مُتَّصلاً غير متولِّد من الأصل كما إذا كان المبيع سويقاً فلّته المشتري بعسلٍ أو سَمنٍ، فإنّ هذا فوتٌ يمنع الفسخ؛ لأنّه لو فسخ إمّا أن يفسخ على الأصل وحده، وإمّا أن يفسخ على الأصل والزّيادة جميعاً، ولا سبيل إلى الأوّل لتعذّر الفصل، ولا سبيل إلى الثّاني؛ لأنّ النّماء لم يدخل تحت البيع لا أصلاً ولا تبعاً، فلا تدخل تحت الفسخ.

٨-وإن كان نَماء المبيع نَماء مُنفَصلاً متولِّداً من الأصل؛ كالولد واللّبن والزّرع والثّمرة؛ فإنّه ليس فوتاً، ولا يمنع الفسخ، وللبائع أن يستردّ الأصل مع الزّيادة؛لأنّ هذه الزّيادة تابعةٌ للأصل لكونها متولِّدةً منه،والأصل مضمون بالرّدّ،فكذا الزّيادة،ومثله لو كانت الزّيادة أرشاً؛ لأنّ الأرش بدل جزءٍ فائت من الأصل حقيقةً كالْمُتَولِّد من الأصل.

٩- وإن كان نَماء المبيع نَماءً مُنْفصلاً غير متولِّد من الأصل؛ كالهبة والصّدقة والكسب؛ فإنّه ليس فوتاً، ولايمنع الرّدّ، وللبائع أن يستردّ الأصل مع الزّيادة؛ لأنّ الأصل مضمون الرّدّ، وبالرّدّ ينفسخ العقد من الأصل فتبيّن أنّ النّماء حصلت على ملكه(١).

١٠-أنّ أربع مسائل لا تفيتها حوالة الأسواق: هبة الثّواب،واختلاف المتبايعين، والسّلعة التي هي ثَمن العيب، والكذب في المرابحة، والبيع الفاسد في الأصول، أي: في الأهليّة والمحلّيّة، والمكيل والموزون(٢).

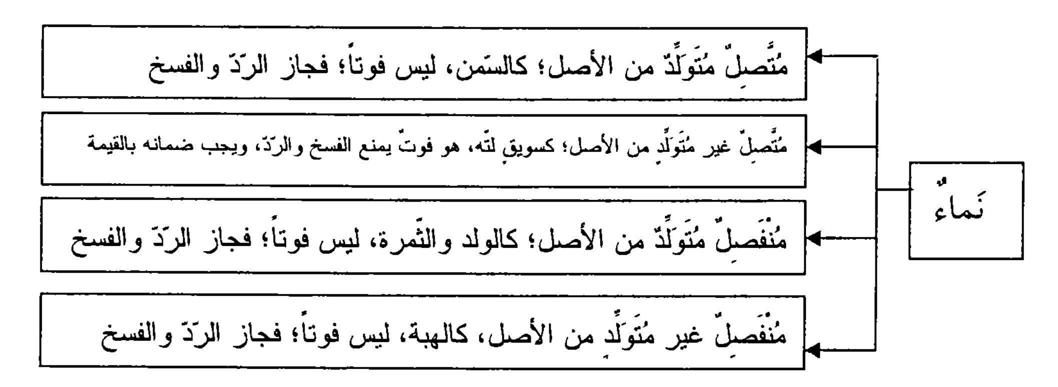
---

(١) انظر:بدائع الصّنائع٤/٥٨٧-٥٨٩،والتّاج والإكليل ومواهب الجليل٦/٢٢٦، و٢٥٥، و٢٦١-٢٦٣، والمهذّب ٢/٤١-٤٢، والمجموع ٩/٢٧٥.

(٢) انظر: الذّخيرة ٦/٢٨٠.

١١-أنّ هذا الضّابط وإن كان ورد في البيع الفاسد؛ فإنّه يشمل جميع العقود الفاسدة من الهبة والصّدقة والتّحبيس[1].

بيان حكم نَماء المبيع بيعاً فاسداً بِجدولٍ:



(١) انظر: الذّخيرة ٦/٢٨٣، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٦/٢٦٠-٢٦١، و٢٦٣-٢٦٧.

الفصل الخامس: القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالخيار والغرر

وفيه أربعة مباحث:

٤٨- **المبحث الأوّل:** قاعدة: الأصل في العقود ألاّ خيار إلاّ ما وقع عليه النّصّ.

٤٩- **المبحث الثّاني:** قاعدة: الأصل أنّ كلّ ما حطّ عن القيمة يجب به الرّد / كلّ ما أثَّرَ في القيمة فهو عيبٌ.

٥٠- **المبحث الثّالث:** قاعدة: العدل في المعاملات إنَّما هو مقاربة التّساوي.

٥١- **المبحث الرّابع:** قاعدة: الغرر اليسير معفوّ عنه في الشّرع.



المبحث الأوّل: القاعدة الثّامنة والأربعون[٤٨]
[الأَصْلُ في العُقُودِ أَلاَّ خِيَار إلاّ ما وَقَعَ عليه النَّصُّ]

ذكرها ابن رشد في معرض ذكره لسبب الخلاف في مسألة جواز عقد النّكاح على الخيار[١]؛ حيث قال: «والسّبب في اختلافهم تردّد النّكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار، والبيوع التي يجوز فيها الخيار، أو نقول: إنّ **الأصل في العقود ألاّ خيار إلاّ ما وقع عليه النّصّ**»[٢].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب الفقهاء منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «الأصل هو لزوم العقد وانبرامه»، و«الأصل في البيع المطلق هو اللّزوم»[٣].

ما جاء في المنتقى: «حكم البيوع اللّزوم بِمُجرَّد العقد إلاّ البيع الذي يُشتَرَط فيه الخيار فيثبت فيه الخيار على حسب ما شُرِطَ»[٤].

---

(١) عقد النَكاح والْخلع عقدٌ لازمٌ لا يُقصَد به العوَضُ؛ فلا يثبت فيهما خيَارٌ؛ لأنّ الْخيَار إنّما يثبت لمعرفة الحظّ في كون العوض جائزاً لما يذهب من ماله، والعِوَضُ ههنا ليس هو المقصود، وكذلك الوقف والهبة.
ولأنّ في ثبوت الْخيار في النّكاح مَضَرَّةً لما يلزم من ردِّ المرأة بعد ابتذالها بالعقد، وذهاب حُرْمَتِها بالرّدّ، وإلحاقها بالسِّلَع المبيعة؛ فلم يثبت خِيَارٌ لذلك، لا خِيَار الشّرط ولا خيار الرّؤية.
انظر: المغني ٦/١٢، و٤٩، والمحلّى ٧/٢٤٤.

(٢) بداية المجتهد ٣/١٩.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٥٧٢، و٥٧٧.

(٤) المنتقى للباجي ٦/٣٨٠، وانظر: تطبيقات قواعد الفقه ص ٤٩٣.

ما جاء في الفروق: «اعلم أنّ الأصل في العقد اللّزوم؛ لأنّ العقد إنّما شُرِعَ لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات؛ فيناسب ذلك اللّزوم دفعاً للحاجة، وتحصيلاً للمقصود، غير أنّه مع هذا الأصل انقسمت العقود قسمين:

أحدهما كذلك -أي: على اللّزوم-؛ كالبيع والإجارة والنّكاح والهبة والصّدقة وعقود الولايات؛ فإنّ التّصرّف المقصود بالعقد يحصل عقيب العقد.

والقسم الآخر لا يستلزم مصلحته مع اللّزوم بل مع الجواز وعدم اللّزوم،وهو خمسة عقود: الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم ما لم يشرعا في الحكومة»[١].

ما جاء في فتح الباري: «حصر لزوم البيع في التّفرّق أو في شرط الخيار، والمعنَى أنّ البيع عقدٌ جائزٌ؛ فإذا وجد أحد هذين الأمرين كان لازماً»[٢]، وهذا يفيد معنَى القاعدة إن وُجِّهَ الشّطر الأوّل منها: «الأصل في العقود أن لا خيار» بأنّ ذلك لكون الأصل فيها الجواز؛ فلا تحتاج إلى الخيار.

ما جاء في المغنِي: «لأنّ الخيار يُنَافي مقتضى البيع؛لأنّه يَمنع الْمِلْكَ واللُّزُومَ وإطلاقَ التّصرّف، وإنما جاز لموضع الحاجة فجاز القليلُ منه وآخر حدِّ القلّة ثلاثٌ...، وإنْ سلَّمْنا ذلك؛لكن متَى خُولِفَ الأصلُ لِمَعنًى في مَحَلٍّ وجب تعديةُ الحكم لتعدِّي ذلك المعنَى»[٣].

---

(١) الفروق للقرافي ١٣/٤، و٢٦٩/٣، وانظر: الذّخيرة ٥٥/٦.
(٢) فتح الباري لابن حجر ٣٩١/٤، وانظر: التّمهيد ٢٢٠/١٢-٢٢١.
(٣) المغنِي لِموفّق الدِّين ابن قدامة ٣٩/٦.

وفيه: «الأصل لزوم العقد، وإنّما خُولِف فيما اقتضاه الشَّرط؛ فيثبت ما يُتَيَقَّن منه، وما شككنا فيه ردَدْناه إلى الأصل»[1].

شرح مفردات القاعدة:

الأصل: المراد به هنا: القاعدة المستمرة التي يُحكم بها إذا لم يوجد دليلٌ يُغَيِّر الأصل[2].

خِيَار: لغة: اسمٌ من الاختيار أو التّخيير[3].

وشرعاً: وهو طلب خَيْرِ الأمرين من إمضاء عقدٍ أو فسخه، شُرِع لدفع الغبن، ويتنوّع خيار العقد باعتبار سببه[4].

والمراد به هنا هو خيار العقد، وعُرِّفَ بأنّه: أن يكون لكلّ من المتعاقدين أو لأحدهما حقٌّ فسخ العقد أو إمضائه[5].

إلاّ ما وقع عليه النّصّ:

النّصّ لغة: الرّفع والظّهور، ومنه: منصّة العروس، وهو الكرسيّ الذي يجلس عليه لظهورها عليه[6].

واصطلاحاً عند الأصوليّين: هو ما لا يحتمل إلاّ معنًى واحداً[7].

---

(١) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٦/٤٢، ٤٥.

(٢) انظر: حاشية الدّسوقي ٤/١٢٩، وشرح المنظومة السّعدية ص ٧٩.

(٣) انظر: مختار الصّحاح ص ١٩٤، والمصباح المنير ص ٧١.

(٤) انظر: طلبة الطلبة ص ٢٦٦-٢٦٧، وبدائع الصّنائع ٤/٥٢٨، والمنثور ١/٣٥٥، وفتح الباري ٤/٣٨٢.

(٥) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٨٠.

(٦) انظر: مختار الصّحاح ص ٦٦٢، والمصباح المنير ص ٢٣٢.

(٧) انظر: شرح مختصر الرّوضة ١/٥٥٣-٥٥٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢١١، ونثر الورود ١/٧٠، وتسهيل الوصول ص ٤٢.

وعند الفقهاء هو: ما دلّ على معنًى كيف كان[١].

والمراد به هنا: دليلٌ من الأدلّة الشّريعة وهـي: الكتاب والسّنة والإجماع والقياس[٢].

وأمّا ما وقع عليه النّصّ من الخيار فمنه ما يأتِي مع ذكر مثالٍ من النّصوص[٣]:

١-خيار المْجلس، وهو أن يكون لكلّ من المتعاقدين حقّ فسخ العقد ما داما في مجلس العقد و لم يتفرّقا عنه بأبدانهما[٤]، والنّصّ فيه هو قوله

---

(١) انظر: المراجع السّابقة، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٥٠.

(٢) انظر: فتح الباري ٤/٤٢٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٥٠.

(٣) وقد ذكر كثيرٌ من كتب الفقه والقواعد خيارات مختلفةً، وأوصلها ابن نجيم إلى ثمانية عشر خيار في أشباهه، ولكن ما لم أذكره هنا؛ فإنّه ملحقٌ في المعنَى بما ذُكر. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٢٤، وأشباه ابن نجيم ص ٣٣٨، والمنثور ١/٣٥٧-٣٥٨.

(٤) وقد خالف في ثبوته الحنفية والمالكية إلاّ ابن حبيب ومتأخرو المالكية؛ كالإمام ابن عبد البرّ، والقرطبِي، وعبد الحميد الصّائغ والقرافي، وابن الشّاطِيّ وغيرهم، قالوا بحديث خيار المجلس كالجمهور وانتصروا له.
قال الإمام ابن عبد البرّ في التّمهيد١٢/٢١٧: «قد أكثر المتأخرون من المالكيّين والحنفيّين من الاحتجاج لمذهبهما في ردّ هذا الحديث بما يطول ذكره، وأكثره تشغيبٌ لا يحصل منه على شيءٍ لازمٍ لا مدفع له، ومن جملة ذلك أنّهم نزعوا بالظّواهر وليس ذلك من أصل مذهبهم...».
وقد قام ابن الشّاط المالكي بالرّدّ على أدلّة المالكية وغيرهم من نفاة خيار المجلس واحداً تلوى آخر بما لم أقف على مثله عند غيره؛ فإذا جاء الحديث عن النّبِيّ ﷺ فليس يَنْبَغي أن يُتْرَك إلاّ أن يأتي عَنْه ﷺ خلافه.
ومسألة خيار المجلس إحدى المَسائل الثّلاث التِي حلف عليها عبد الحميد الصّائغ بالمشي إلى مكّة أن لا أفتَى فيها بقول مالك.
انظر: أحكام الجصاص ٣/١٣٢، والاستذكار ٥/٤٨٣-٤٨٥-٤٨٩-٤٩٠ فما =

ﷺ : «الْمُتَبَايِعَان كُلُّ واحدٍ منهما بالْخِيَارِ على صاحبه ما لم يتفرَّقا إلاّ بيع الْخيار»[١]، وهو من خواص البيع وما في معناه[٢]، ويثبت في العقود اللازمة[٣].

٢-**خيار الشّرط**، وهو أن يشترط أحدُ المتعاقدين أو كلاهما الخيار، وهو عارض عند اشتراطه وينتفي عند انتفاء الاشتراط، ويثبت فيما يثبت فيه المجلس[٤]، والنّص فيه قوله ﷺ في الحديث السّابق: «إلاّ بيع الْخِيار»، والإجماع قائمٌ على ثبوت خيار الشّرط[٥].

=

بعدها، والتّمهيد ١٢/٢١٦-٢٢١، والمنتقى ٦/٣٨٠، وأحكام ابن العربي ١/٥٢٢-٥٢٣، وتفسير القرطبي ٥/١٤٦-١٥٠، والفروق ٣/٢٦٩، والذّخيرة ١٠/٣٥٢-٣٥٣، و٤٠٠، وأدرار الشّروق ٣/٢٦٩-٢٧٥، ومواهب الجليل ٦/٢٠٠، و٢٠٣، والمهذّب ٢/٥، والمجموع ٩/١٣٢-١٣٥، وشرح مسلم ١٠/٤١٤، وفتح الباري ٤/٣٨٢، و٣٨٥-٣٩٠، و٣٩٢-٣٩٣، وأشباه السّيوطي ص ٧٠٣، والمغني ٦/١٠-١٤، والمحلّى ٧/٢٣٣-٢٥٣.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٣٨٥، كتاب البيوع، باب البيِّعَان بالْخِيار ما لَم يَتَفَرَّقا، برقم: (٢٠٥٩)، ومسلم في صحيحه ٣/١١٦٣، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعَين، برقم: (١٥٣١)، واللّفظ للبخاري.

(٢) انظر: الفروق ٣/٢٦٩، والمجموع ٩/١٢٧.

(٣) انظر: المجموع ٩/١٢٦.

(٤) انظر: التّعريفات ص ١٠٢، والمجموع ٩/١٣٩، وفتح الباري ٤/٣٨٢، والمحلّى ٧/٢٦٧.

(٥) كذا نقل النّووي الإجماع، وقد خالف ابن حزم في خيار الشّرط.
انظر: المجموع ٩/١٣٧، والمحلّى ٧/٢٦٠-٢٧١، وانظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٢٨-٥٢٩، والاستذكار ٥/٤٩٧، والتّمهيد ١٢/٢٢٤-٢٢٥-٢٢٧، والمنتقى ٦/٣٨٠-٣٨١، والفروق ٣/٢٦٩، والمجموع ٩/١٢٥، وفتح الباري ٤/٣٨٢، و٣٨٤، و٣٩٠، والمغني ٦/٣٠، والمحلّى ٧/٢٣٣.

٣-**خيار التّغرير**، وسببه: أن يفعل البائعُ في المبيع فعلاً، أو يقول فيه قولاً يظنّه المشتري كمالاً؛ فإذا هو ليس كذلك[١]؛ كتصرية ضرع الشّاة القليلة اللّبن[٢]، والنّص فيه قوله ﷺ : «ولا تُصَرُّوا الإِبْلَ والغَنَمَ، فَمَن ابْتَاعَهَا بعد ذلك؛ فهو بخَير النَّظَرَين بعد أَنْ يَحْلُبَها؛ فَإِنْ رَضِيَها أَمْسَكَهَا، وإِنْ سَخِطَها رَدَّها وصاعاً من تَمْر»[٣].

٤-**خيار العيب**، وسببه: ظهور عيب قديم في المبيع ينقص الثّمن، أو يخلّ بالمقصود، ولم يطّلع عليه المشتري حينَ الشّراء[٤]؛ فيثبت له خيار ردّ المبيع إلى بائعه[٥]، والنّصّ فيه هو حديث التّصريّة المذكور؛ إذ الخيار

---

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٨٠.

(٢) أصل التّصرية: حبس الماء، يقال: صَرَّيْتُ الْمَاءَ إذا حبستُهُ، وهي: حقن اللّبن في الثّدي أيّاماً حتّى يوهم ذلك أنّ الحيوان ذو لبنٍ غزيرٍ؛ فيظنّ المشتري أنّ ذلك عادتها؛ فيزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها.
والمصرَّاة: التي صُرِّيَ لبنُها وَحُقِنَ فيه وجُمع فلم يُحلَبْ أيّاماً.
انظر: صحيح البخاري ٤٢٤/٤، والاستذكار٤٩٧/٥، والتّمهيد٢٨٠/١٢، وبدايةالمجتهد٣٣٨/٣، والمهذّب٧٩/٢، والمجموع١٣٤/٩، والمغني ٢١٥/٦، والنّهاية ٢٧/٣، وشرح مسلم ٤٠٠/١٠-٤٠١، وفتح الباري ٤٢٣/٤-٤٢٤.
وقد خالف الحنفية في أصل مسألة ردّ بعيب التّصريّة، وقولهم مردودٌ بالنّصّ الصّريح الثّابت.
انظر: التّمهيد ٢٨٠/١٢-٢٨٣-٢٨٧-٢٨٩، والاستذكار ٥٤٦/٥، و٥٤٩-٥٥١، وبداية المجتهد ٣٣٨/٣، ومختصر الخرقي مع المغني ٢١٦/٦-٢١٧، وفتح الباري ٤٢٧/٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٢٣/٤، كتاب البيوع، باب النّهي للبائع أن يُحَفِّلَ الإبل والغنم والبقر...، برقم: (٢٠٩٧)، ومسلم في صحيحه ١١٥٥/٣، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، برقم: (١٥١٥)، واللّفظ لمسلم.

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٨٠.

(٥) انظر: التّعريفات ص ١٠٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٠.

الذي في المصرّاة من خيار الرّدّ بالعيب[١].

٥- **خِيَارُ الْخُلْف**؛ كأن يشترط كون المبتاع كاتباً فلم يكن كذلك، ويُسَمَّى: خيار فوات وصف مرغوب فيه[٢]،ويدلّ عليه حديث المصرّاة السّابق وحديث تلقّي الرّكبان الآتي.

قال الإمام الحافظ ابن عبد البرّ بعد ذكره: «وهذا الحديث -المصراة- أصلٌ في النّهي عن الغشّ، وأصلٌ فيمَن دلّس عليه بعيب، أو وجد عيباً بما ابتاعه أنّه بالْخيار في الاستمساك أو الرّدّ، وهذا مُجتمع عليه بالمدينة في الرّدّ بالعيب، كلّهم -يجعلون- حديث المصرّاة أصلاً في ذلك»[٣].

٦- **خيار تلقِّي الرّكبان**، وهو أن يشتري أحدٌ من الجَلَب في نواحي المصر حتّى يهبط بها إلى السّوق، فَمَن اشتري منه فصاحب السّلعة إذا قدم السّوق وعلم السّعر بِالْخيَار في إنفاذ البيع أو ردّه، شُرِعَ هذا الخيار لإزالة الضّرر عن الجالب وصيانته ممَّن يخدعه[٤]، والنّصّ فيه قوله ﷺ : «لا تَلَقَّوُا الْجَلَبَ؛ فَمَن تَلَقَّاهُ فاشترى منه؛ فإذا أَتَى سيِّدُهُ السُّوقَ فهو بِالْخيَار»[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٤٤، وبدايةالمجتهد ٣/٣٣٨، والمغنِي ٦/٣٠، وفتح الباري ٤/٤٢٨، و٤٢٩.

(٢) انظر: المنثور ١/٣٥٧، والمغنِي ٦/٣٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨١.

(٣) في التّمهيد ١٢/٢٨٠-٢٨١، والاستذكار ٥/٥٤٦.

(٤) وهو نوعٌ من أنواع خيار الغرر الذي سببه وجود جهالة في المبيع حين البيع.
انظر: التّمهيد ١٢/٢٦٥، و٢٧٠، وشرح مسلم ١٠/٤٠٢-٤٠٣، وفتح الباري ٤/٤٢٩، و٤٣٧-٤٣٨، والمغنِي ٦/٣٦، والمحلّى ٧/٢٦٨، و٢٧٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٠-١٨١.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١١٥٧، كتاب البيوع، باب تحريم تلقّي الجلب، برقم: (١٥١٩).

٧-**خيار الرّؤية**، وهو أن يشتري ما لم يره فيردّه بخياره إن شاء أو يمضيه[(١)]، ويدلّ عليه قوله ﷺ: «إلاّ بيع الخيار»، أي: البيع بالشّرط؛ فإنّ خيار الرّؤية مُلْحَقٌ في المعنَى بِخيار الشّرط أو بِخيار الغرر[(٢)]، وقد يدلّ عليه أيضاً حديث المصراة السّابق؛ لأنّه رأى عند الحلب خلاف ما رآه عند العقد، ولأنّ السّلامة مشروطةٌ في العقد[(٣)].

٨-**خيار الغبن**، وسببه: بيع السّلعة بسعر زائد عن تقويم المقوِّمين، وهو الغبن الفاحش[(٤)]، ويدلّ عليه حديث[(٥)] قصّةٌ حبان بن منقذر.

وهناك خياراتٌ أخرى تنضوي تحت ما ذُكِرَ، ولا تَخرج عنها في الغالب.

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ جليلةٌ شريفةٌ تُبيِّن أنّ العقود التي لا يُعْلَمُ دليلٌ مثبِتٌ للخيار فيها؛ فإنّها تُحْمَلُ على قاعدة: الأصل لزومُ ما لم يأتِ دليلٌ يثبت الخيار فيه؛ لأنّ الخيار ينافي مقتضى العقد؛ وذلك لأنّه يمنع لزوم الصّفقة؛ فيكون معنَى القاعدة: الأصل في العقود اللّزومُ ولا يثبت فيها خيارٌ إلاّ ما خصّه دليلٌ؛ فهو حينئذ مستثنَى من هذا الأصل[(٦)].

وقد يفهم منها أَنّ الأصل في العقودالجواز لا خيار فيها إلاّ ما وقع دليلٌ على لزومه؛ ويكون التّعليل حينئذٍ: لأنّ الجواز يستغني عن ثبوت

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧١/٤، و٥٧٦، والتّعريفات ص ١٠٢، وفتح الباري ٤٢٩/٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨١.

(٢) انظر: المجموع ١٢٥/٩، والمنثور ٣٥٨/١، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٠-١٨١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧٩/٤، والمغني ٣٠/٦-٣٣.

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٨٠.

(٥) تقدّم تَخريجه في القاعدة [٣٥]، من أدلّة جواز بيع وشراء العين الغائبة.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٥٢٥/٤، و٥٢٨، و٥٧٩، وشرح المنظومة السّعدية ص ٧٩.

الخيار؛ لكونه يمكنه إمضاء عقد أو فسخه متَى شاء، ويكون ما دلّ دليلٌ على ثبوت خيارٍ فيه مستثنًى من هذا الأصل[١].

والذي يتّجه هو المعنَى الأوّل، وهو الذي يتّفق مع المقصود الشّرعي في العقود.

وقد جاء في الفروق: «اعلم أنّ الأصل في العقد اللّزوم؛ لأنّ العقد إنّما شُرِعَ لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات؛ فيناسب ذلك اللّزوم دفعاً للحاجة، وتحصيلاً للمقصود، غير أنّ مع هذا الأصل انقسمت العقود قسمين:

أحدهما كذلك -أي: على اللّزوم-؛ كالبيع والإجارة والنّكاح والهبة والصّدقة وعقود الولايات؛ فإنّ التّصرّف المقصود بالعقد يحصل عقيب العقد.

والقسم الآخر لا يستلزم مصلحته مع اللّزوم بل مع الجواز وعدم اللّزوم، وهو خمسة عقود: الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم ما لم يشرعا في الحكومة»[٢].

ثم بيّن الحكمة في كون بعض العقود جائزةً بقوله:

«وإنّ الجعالة لَو شُرِعَت لازمةً مع أنّه قد يطّلع على فرط بعد مكان الآبق أو عدمه مع دخوله على الجهالة بمكانه؛ فيؤدّي ذلك لضرورة فَجُعِلَت جائزةً لئلاّ تَجتمع الجهالة بالمكان واللّزوم وهما متنافيان.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٤/٥٧٩، والتّمهيد١٢/٢٢٠-٢٢١، وفتح الباري٤/٣٩١.

(٢) الفروق للقرافي ٤/١٣، في الفرق [٢٠٩] بين قاعدة ما مصلحته من العقود في اللّزوم، وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللّزوم.

وكذلك القراض حصول الرّبح فيه مجهولٌ؛ فقد يتّصل به أنّ السّلع متعذرةٌ أو لا يحصل فيها ربحٌ؛ فإلزامه بالسّفر مضرّةٌ بغير حكمةٍ، ولا يحصل مقصود العقد الذي هو الرّبح.

وكذلك المغارسة مجهولة العاقبة في نبات الشّجر، وجودة الأرض، ومؤونات الأسباب على معاناة الشّجر مع طول الأيّام؛ فقط يطّلع على تعذّر ذلك أو فرط بعده؛ فإلزامه بالعمل ضررٌ من غير حصول المقصود.

وكذلك الوكالة قد يطّلع فيما وكل عليه على تعذّرٍ أو ضررٍ؛ فجُعِلَت على الجواز.

وتحكيم الحاكم خطرٌ على المحكوم عليه؛ لما فيه من اللّزوم إذا حكم؛ فقد يطّلع الخصمان على سوء العاقبة في ذلك، فلا يشرع اللّزوم في حقّيهما نفياً للضّرر عنهما. واشترك الجميع في عدم انضباط العقد بحصول مقصوده؛ فكان الجميع على الجواز»[١].

وجاء في المغني: «الْخيار يُنافي مُقتَضَى البيع؛ لأنّه يَمْنَع الْمِلْكَ واللّزوم وإطلاق التّصرّف»[٢]، فهذا يعني أنّ الأصل اللّزوم، والْخيار يرفعه فلا يثبت إلاّ فيما ورد فيه نصٌّ بثبوته، وقد جاء مُصَرَّحاً به في موضعٍ آخر من المغني: «الأصل لزوم العقد، وإنّما خولف فيما اقتضاه الشّرط؛ فيثبت ما يُتَيَقَّنُ منه، وما شككنا فيه رددناه إلى الأصل»[٣].

---

(١) الفروق للقرافي ١٣/٤، في الفرق [٢٠٩].
(٢) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٣٩/٦.
(٣) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٤٢/٦، و٤٥.

من أدلة القاعدة:

يدلّ على صحّة القاعدة وثبوتها النّصوص السّابق ذكرها عند ذكر الخيارات الثّابتة بالنّصّ.

كما يدلّ على أنّ الأصل في العقود اللّزوم؛ استقراءُ العلماء القاضي بأنّ المقصود الشّرعي من العقودهو تبادل المِلْك بين المتعاقدين؛ لأنّ العقود أسبابٌ لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتيب المسبَّبات على أسبابها؛ حيث ينتقل مِلك المبيع من البائع إلى المبتاع، وينقل ثمن المبيع من المبتاع إلى البائع، ويملك كلّ واحدٍ منهما التّصرّف فيما انتقل إليه[1].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لم تختلف مذاهب الفقه في معنَى القاعدة في الجملة، وإن اختلفوا في تفاصيل ما يثبت من الخيار وما لم يثبت[2]. والله -تعالى- أعلم.

الحكمة من مشروعية الخيار[3]:

الخيار شُرِعَ لدفع الغبن، وهو إمّا لدفع ضررٍ متوَقَّعٍ، وهو خيار المجلس وخيار الشّرط وخيار تلقّي الرّكبان؛ فإنّها إنّما ثبتت لضررٍ يتوقّع العاقد حصوله؛ فيستدركه في مجلس العقد أو في مدّة الخيار أو بعد قدوم

---

(١) انظر:بدائع الصّنائع٤/٥٢٥، و٥٧٢، والمنتقى٦/٣٨٠، والفروق٣/٢٦٩، و٤/١٣، والمهذّب ٢/١٠-١١، والمجموع ٩/١٥٤-١٥٥، والمغني ٦/٣٩، و٤٢، و٤٥.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٤١، والتّمهيد ١٢/٢٦٥، و٢٧٠، والمنتقى ٦/٣٨٨، والمقدّمات ٢/٨٦، وشرح مسلم ١٠/٤٠٢-٤٠٣، والمنثور ١/٣٥٥، وفتح الباري ٤/٣٨٩، و٤٢٩، و٤٣٧-٤٣٨، والمغني ٦/٤٠، و٤٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٠-١٨١.

السّوق وعلم السّعر؛ فيتخلّص منه.

وإمّا لدفع ضررٍ واقعٍ؛ كخيار العيب والشّفعة وخلف الشّرط وخيار عيوب النّكاح ونحوه.

وفي ثبوته على الفور أو التّراخي تفصيلٌ[١]:

فإن كان الخيار مُقَدَّراً من جهة الشّارع؛ كخيار المجلس وخيار الشّرط وخيار التّصرية فلا يوصف بفورٍ أو بتراخٍ.

وإن كان الخيار غيرَ مُقدَّرٍ من جهة الشّارع؛ فالضّابط فيه: إمّا أن يكون في تأخير الاختيار ضررٌ على مَنْ يقابله فهو على الفور، وإلاّ فهو على التّراخي، على تفاصيلَ مذكورةٍ في كتب الفقه حسب العقود، وفي الأشباه والنّظائر قاعدة: «كلّ خِيَارٍ ثبت بالشّرع لدفع الضّرر عن المال فهو على الفور»[٢].

في اجتماع أكثر من خيار[٣]:

إذا اجتمع أنواعٌ من الخيار؛ كِخيار المجلس والشّرط والعيب ففسخ العاقد، ينظر إنْ صرّح بالفسخ بِجميعها انفسخ بالجميع، وإن صرّح بالبعض انفسخ به، وإنْ أطلق ينفسخ بالجميع؛ لأنّه ليس بعضها أولى من بعض، وقيل: يحتمل انصرافه للمتقدّم إنْ ترتّبت في ذمته.

---

(١) انظر: المنثور ١/٣٥٥، وفتح الباري ٤/٤٢٥، وأشباه السّيوطي ص ٤٨٥-٤٨٦، والمغني ٦/٢٢١.

(٢) أشباه تاج الدّين السّبكي ١/٢٨٣.

(٣) انظر: المنثور ١/٣٦٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٠-١٨١.

الْمِلْكُ في زمن الْخيار:

أمّا مِلْكُ المبيع في زمن خيار المجلس أو خيار الشّرط ففيه ثلاثة أقوالٍ(١)، مبناها على اختلافهم في الوقت الذي ينتقل الْمِلْكُ في العقد الذي فيه الْخيَار:

القول الأوّل: أنّه مِلكٌ للمشتري، ينتقل إليه بالعقد نفسه، ويكون الثّمن مِلْكاً للبائع. وبه قال الحنابلة.

القول الثّاني: أنّه باقٍ على مِلْك البائع، ولا يملكه المشتري إلاّ بعد انقضاء الخيار من غير فسخٍ، ويكون الثّمن باقياً على مِلك المشتري، وهو قولٌ للمالكية والظّاهرية.

القول الثّالث: أنّه موقوفٌ؛ فإنْ تَمَّ العقد حُكِمَ بانتقال الْملك للمشتري بالعقد نفسه، وإلاّ فقد بان أنّ ملك البائع لم يزل، وهكذا يكون الثمن موقوفاً على هذا القول. وهو ظاهر مذهب الحنفية.

والتّرجيح بين هذه الأقوال يرجع إلى مسألةٍ أخرى هي:

تأثير الْخيار:

الْخَيار يَمنع من نفوذ العقد الصحيح؛ فلا تحصل مع وجوده أحكام

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٩٢/٤-٣٩٣، و٥٢٥، و٥٢٨، و٥٤٣، والهداية ٢٢١/٤، والاستذكار ٤٩٩/٥، ومختصر خليل ص ١٨١، وحاشية الدّسوقي ١٠٣/٣، و١٤٦، والمهذّب ١٠/٢-١١، والمجموع ١٢٦/٩، و١٤٧، و١٥٤-١٥٧، و١٥٩، و٢٧٨، وأشباه السّبكي ٢٧٣/٢-٢٧٥، والمنثور ٣٦٠/١، وفتح الباري ٤٢٥/٤، وأشباه السّيوطي ص ٥٢١، والمغني ١٨/٦-٢٠-٢٢، وقواعد ابن رجب ص ٧٦٦، والمحلّى ٢٣٣/٧.

العقد من انتقال مِلْك، ولا لزوم، ولا إطلاق التّصرّف؛ فإذا لم تحصل هذه الأحكام فلا معنًى لانعقاد العقود[١].

فإذا كان الأمر كذلك؛ فإنّ الذي يقوى في خيار المجلس كون الْمِلْك باقياً على مِلْك البائع، ولا يملكه المشتري إلاّ بعد انقضاء الخيار من غير فسخ، ويكون الثّمن باقياً على مِلك المشتري.

ولأنّ الأصل بقاء ما كان على ما كان حتّى يردَ دليلٌ رافعٌ لا مدفع فيه، والدّليل الرّافع هنا هو العقد و لم يلزم بعد. والله تعالى أعلم بالصّواب.

وأيضاً بناء على قولهم في: مَن تكون له الْمُصِيبةُ إذا هلك الْمَبِيعُ في زمن الْخيَار؟ فإنّهم قالوا: هلاكه من البائع، والمشتري أمينٌ[٢].

أمّا خيار الشّرط ففيه تفصيلٌ: إن كان الْخيار للبائع فالأصحّ أنّ الْمِلك له، وإن كان للمشتري فالأصحّ أنّ الْمِلك له، وإن كان لهما جميعاً فالأصحّ أنّه موقوفٌ[٣].

أمّا بقية الْخيَار فإنّ الْمِلْك للمشتري؛ لأنّ العقود فيها صحيحةٌ؛ لأنّ النّهي فيها لا يرجع إلى العقد نفسه، ولا يخلّ بشيءٍ من أركانه وشرائطه وإنّما هو لدفع الأضرار[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٢٥، و٥٢٨، و٥٤١، والمجموع ٩/١٢٩، وأشباه السّبكي ٢/٧٩، و٢٧٣-٢٧٥، والمغني ٦/٣٩، و٤٥.

(٢) وهو قولٌ للمالكية والشّافعية والحنابلة. انظر: الاستذكار ٥/٤٩٩، والتّمهيد ١٢/٢٣٠، والمنتقى ٦/٣٨٦، و٣٩٠، والمقدّمات ٢/٩٢، والمهذّب ٢/١٤-١٥، والمجموع ٩/١٥٤-١٥٥، و١٥٩، والمغني ٦/١٧، والمحلّى ٧/٢٣٣.

(٣) انظر: الهداية٤/٢٢١، والمهذّب٢/١٠-١١، والمجموع٩/١٥٥، والمنثور١/٣٦٠.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٢٤-٥٢٥، والهداية ٤/٢٢٠-٢٢١، وفتح الباري =

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّ عقد البيع وما في معناه[١]؛ كالصّرف والطّعام بالطّعام والسّلم والتّولية والتّشريك وصلح المعاوضة عقدٌ جائزٌ في مجلس العقد يلزم بأحد الأمرين: تفرّق المتعاقدين بأبدانهما[٢]، أو اختيار أحدهما إبرام العقد؛ وذلك لثبوت النّصّ بذلك[٣].

ويدوم خيارهما ما داما مجتمعين في مكانهما؛ كما لو كانا في الطّائرة أو السّفينة أو نحوها.

والمرجع في التّفرّق إلى العادة والعرف، فما عدّه النّاس تفرّقاً فهو تفرّقٌ مُلْزِمٌ للعقد وما لا فلا؛ لأنّ الشّارع علّق عليه حكماً ولَم يُبَيِّنْهُ؛ فدلّ ذلك على أنّه أراد ما يَعْرِفُهُ النّاس؛ كالقبض والإحراز.

=

٤/٤٣٧-٤٣٨، والمغني ٦/٣٤.

(١) البيع وما في معناه عقدٌ لازمٌ يقصد منه العوض، وهو نوعان:

أحدهما: يثبت فيه الْخيَاران: خيَار المجلس وخيار الشّرط، وهو البيع فيما لا يُشترط فيه القبض في الْمجلس، والصّلح بمعنَى البيع، والهبة بعوضٍ، والإجارة في الذّمّة.

النّوع الثّاني: ما يُشْتَرَطُ فيه القبض في الْمجلس؛ كالصّرف والسّلَم وبيع مال الرّبا بِجنسه؛ فلا يدخله خيَارُ الشّرط. انظر: المغنِي ٦/٤٨-٤٩.

(٢) انظر: التّمهيد ١٢/٢٢٠-٢٢١، و٢٢٥-٢٢٦، والاستذكار ٥/٤٨٧، والمجموع ٩/١٢٩-١٣٤، وفتح الباري ٤/٣٨٦، و٣٩٠-٣٩١، والمغنِي ٦/١٠، و١٢-١٣، و٣٠، والمحلّى ٧/٢٥٤.

(٣) انظر: الفروق ٣/٢٦٩، والمجموع ٩/١٢٦، و١٢٨-١٢٩، وأشباه السّيوطي ص ٧٠٣، و٤٦٤، والمغنِي ٦/٤٨.

٢-وعليه؛ فالعقود المعاصرة بالوسائل الإلكترونية؛ كالهاتف والفاكس والإنترنت ونحوها تُبْنَى وتُخَرَّج على مسألةٍ ذكرها الفقهاء قديماً وهي: (لو تنادى اثنان وهما متباعدان وتبايعا، صحّ البيع بلا خلاف)، والجامع بينهما هو إيصال المقصود من المتعاقدين بأيّ وسيلةٍ كانت؛ فيصحّ العقد.

أمّا ثبوت الخيار في تلك العقود المعاصرة؛ فهو أيضاً مبنِيٌّ على القولين[1] في المسألة المذكورة:

القول الأوّل: لا خيار لهما؛ لأنّ التّفرّق الطّارئ يقطع الْخِيَار؛ فالمقارن يمنع ثبوته.

القول الثّاني: يثبت الْخِيَار ما داما في موضعهما؛ فإذا فَارَقَ أَحْدُهما مَوضِعَهُ ووصل إلى موضعٍ لو كان صَاحِبُهُ معه في الموضع عُدَّ تفرُّقاً؛ حصل التّفرّقُ، وسقط خِيَارُهما جميعاً ولزم العقد.

ولعلّ الأرجح هو ثبوت الْخِيَار، والرّجوع في التّفرّق إلى عادات وأعراف النّاس في كلّ زمنٍ[2].

قال في المجموع بعد ذكره للقولين السّابقين: «والأصحّ في الجملة ثبوت الخيار، وأنّه يَحصل التّفرّق بمفارقة أحدهما موضعه، وينقطع بذلك خيارهما جميعاً، وسواء في صورة المسألة كانا مُتباعِدَين في صحراءَ أم

---

(١) ذكر النّووي ضمن فروع مسألة الخيار، ونسب هذين القولين لإمام الحرمين، وذكر أنّ المتولّي قطع بأنّ الخيار يثبت لهما، انظر: المجموع ٩/١٣٠.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

ساحةٍ، أو كانا في بَيتَين من دارٍ، أو في صَحْنٍ وصفةٍ»[1]، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

٣-أنّ عقد النّكاح والْخُلْع والضّمان والكتابة والرّهن بعد القبض والإبراء والإقالة والحوالة وصلح الحطيطة والشّفعة والوقف والعتق والمساقاة والمسابقة والإجارة والهبة، عقدٌ لازمٌ لا يثبت فيه الخيار[2].

٤-أنّ عقد الشّركة والجعالة قبل الفراغ، والقراض والوكالة والوديعة والعارية والقرض وعقود الولايات غير الإمام والقضاء؛ عقدٌ جائزٌ لا يثبت فيه الخيار؛ لأنّ الجواز يستغنِي عن الخيار؛ لأنّ العاقد مُـتمَكّنٌ من الفسخ متَى شاء[3].

---

(١) المجموع للنّووي ٩/١٣٠.

(٢) وفي بعضها تفصيلٌ داخل المذاهب. انظر: الفروق ٤/١٣، والمجموع ٩/١٢٦-١٢٩، و١٣٩، والمنثور ٢/١٢٣، وأشباه السّيوطي ص٤٦٤، و٧٠٣، والمغنِي٦/١٠، و١٢، و٣٢-٣٣، و٤٨، والمحلّى٧/٢٤٥.

(٣) وبعضها أيضاً تفصيل داخل المذاهب. انظر: الفروق ٤/١٣، والمجموع ٩/١٢٦، والمنثور ٢/١٢٣، وأشباه السّيوطي ص ٤٦٤، و٧٠٣، والمغنِي ٦/٤٩-٥٠.

المبحث الثّاني: القاعدة التّاسعة والأربعون [٤٩]

[الأصل أنّ كلّ ما حَطَّ عن القيمة يَجبُ به الرّدُّ/ كلّ ما أثّرَ في القيمة فهو عَيْبٌ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل باب البيوع، القسم الثّالث في الأحكام العامّة للبيوع الصّحيحة، في موضعين:

الموضع الأوّل: في الفصل الثّاني: معرفة العيوب التي توجب الحكم، وما شرطها الموجب للحكم فيها، مُبَيِّناً القاعدة التي تُبْنَى عليها الأحكام؛ حيث قال: ((وبالجملة فأصل المذهب -المالكي- أنّ **كُلّ مَا أَثَّرَ في القيمة، أعني: نَقَصَ منها فهو عيبٌ**))[١].

الموضع الثّاني: في الفصل الثّالث: معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغيّر، دليلاً للقول القاضي بعدم اعتبار القلّة والكثرة في ضبط العيب، وعدم التّفريق بين المبيع المعيب في إباحة الإمساك مع أخذ الأرش[٢]؛ حيث قال: ((**الأصل أنّ كلّ ما حَطَّ القيمة أنّه يجب**

---

(١) بداية المجتهد ٣/٣٤٠.

(٢) خلافاً للظّاهريّة الذين قالوا: هو مُخَيَّرٌ بين أن يردّ المبيع ويأخذ ثَمنه، أو يَمسكه ولا شيء عليه، وبه قال المالكية في الحيوان.

وإن كان عقّاراً يفرّقون بين العيب اليسير والكثير؛ فالعيب اليسير لم يوجب الرّدّ، ووجبت قيمة العيب وهو الأرش، والعيب الكثير يوجب الرّدّ.

انظر: المقدّمات٢/١٠٣-١٠٤، وبداية المجتهد٣/٣٤٤، والقوانين الفقهية ص١٧٦، والمحلّى٧/٥٧٤.

والأرش هنا: بدلٌ عن الجزء الفائت، وهو قسطُ ما بين قيمة الصّحيح والْمَعيب من =

به الرّدّ،وهو الذي عليه فقهاء الأمصار، ولذلك لَمْ يُعَوّل البغداديون فيما أحسب على التّفرقة التي قلت في الأصول، و لم يختلف قولهم في الحيوان إنّه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير»[1].

توثيقها:

هذه القاعدة محلّ الاتّفاق بين فقهاء الأمصار كما نصّ عليه الإمام ابن رشد، وورد ذكرها في كتب الفقهاء بعبارات متقاربة لفظاً ومعنًى، منها:

ما جاء في المختصر: «كلّ ما أوجبَ نقصانَ الثّمن في عادة التّجّار فهو عيبٌ»[2].

ما جاء في بدائع الصّنائع: «وأمّا تفسير العيب الذي يوجب الخيار، وتفصيل المفسّر؛ فكلّ ما يوجب نقصان الثّمن في عادة التُّجَّار نقصاناً فاحشاً، أو يسيراً فهو عيبٌ يوجب الخيار، وما لا فلا»[3].

ما جاء في المعونة: «الذي يوجب الرّدّ من العيوب: كلّ عيبٍ ينقص

=

الثّمن، بأن يُقوَّم المبيع صحيحاً، ثم يُقَوَّم مَعيباً؛ فَيُؤْخَذ قسطُ ما بينهما من الثّمن، يعني: الفارق.

انظر: المدوّنة ٣٣٢/٣، والمعونة ١٠٥٢/٢، وبداية المجتهد ٣٤٤/٣، والقوانين الفقهية ص ١٧٦، والفواكه الدّواني ٨٩/٢، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٨٩/٢، وروضة الطّالبين ٤٧٤/٣، ومختصر الخرقي ٢٢٤/٦، والمقنع ٣٧٥/١١، و٣٧٥، والمغني ٢٢٩/٦، و٢٥٣، و٢٥٤، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٦/٣، و٢٠٨، والمحلّى ٥٧٤/٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٤.

(١) بداية المجتهد ٣٤٤/٣.

(٢) مختصر القدوري ص ٨١، وانظر: الهداية ٣٦/٣.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٥٤٤/٤، وانظر منه: ٥٨٤/٢، وأنيس الفقهاء ص ٧٤.

الثّمنَ، ويؤثّر نقصاً في المبيع، أو يخاف عاقبته»[١].

ما جاء في عقد الجواهر: «المثبت للخيار منه -أي: العيب- ما أثّر نقصاً في المبيع، أو الثّمن، أو في التّصرّف، أو خوفاً في العاقبة»[٢].

ما جاء في الإجماع: «أجمعوا على أنّ الجارية إذا اشتراها الرّجلُ، ولَها زوجٌ،والمشتري لا يعلم، أنّ ذلك عيبٌ يَجبُ به الرّدُّ»[٣]؛ لأنّ الرّغبة تقل فيها؛ فتحطّ القيمة.

ما جاء في المهذّب: «العيبُ الذي يُرَدُّ به الْمَبيعُ ما يَعُدُّهُ النّاسُ عَيباً، فإن خفي منه شيءٌ رُجِعَ فيه إلى أهل الْخِبرة بذلك الجِنس»[٤].

وفيه: «فصل: والعيبُ الذي يُرَدُّ به؛ ما تَنْقُصُ به الْمَنفعَةُ؛ كتَعَثُّرِ الظَّهْرِ في الْمَشيِ، والعرج الذي يتأخّر به عن القافلة، وضعف البصر، والجذام، والبرص في المستأجر للخدمة، وانهدام الحائط في الدّار، وانقطاع الماء في البئر والعين...، وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها الْمَنْفَعَةُ»[٥].

ما جاء في المغِني: «فصل: وكلّ تدليسٍ[٦] يَختلف الثّمنُ لأجله،

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ١٠٦٣/٢، وانظر: المقدّمات ١٠١/٢، و١٠٢.

(٢) عقد الجواهر لابن شاس ٦٩٩/٢، وانظر: القوانين الفقهية ص ١٧٦، والفواكه الدّواني ٨٩/٢.

(٣) الإجماع للإمام ابن المنذر ف ٤٩٤، ص ٥٤، وانظر: الشّرح الكبير ٣٦٨/١١.

(٤) المهذّب للشّيرازيّ ٩٢/٢، وانظر: روضة الطّالبين ٤٨٣/٣، وأشباه السّيوطي ص ٧٠٤-٧٠٥.

(٥) المهذّب للشّيرازي ٤٢١/٢-٤٢٢.

(٦) التّدليس، من الدُّلسَة، وهي: الظُّلْمَةُ والكتمان، فكأنّ البائع يَستُرُ العيبَ، فَيَخْفَى عن المشتري، فلم يره ولم يعلم به، وسواء في هذا ما علم به فكتمه، وما ستره، =

مثل: أن يسوّد شعر الجارية، أو يُجعِّده، أو يُحَمِّر وجهها... يُثْبِتُ الْخيارَ؛ لأنّه تدليسٌ بما يختلف الثَّمنُ باختلافه فأثبت الخيار))[١].

وفيه -أيضاً-: ((فصلٌ: في معرفة العيوب؛ وهي النّقائصُ الْمُوجِبَةُ لنقص الْماليّة في عادات التّجَّار؛ لأنّ الْمَبيعَ إنّما صار مَحَلاًّ للعقد باعتبار صفة الْماليّة، فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً، والْمَرجعُ في ذلك إلى العادة في عرف أهل هذا الشّأن، وهم التُّجَّارُ))[٢].

ما جاء في المحلّى: ((مسألة: والعيبُ الذي يجب به الرّدّ هو: ما حطّ من الثّمن الذي اشترى به، أو باع به مالاً، يتغابن النّاسُ بمثله؛ لأنّ هذا هو الغبن، لا غبن غيره))[٣].

شرح مفردات القاعدة:

ما حَطَّ: أي: نَقَّصَ وأَسْقَطَ، يقال: انْحطّ السِّعْرُ وغيره، أي: نَزَل، واستحطّ من الثّمن شيئاً، أي: نقص منه[٤].

القيمة: أي: الثّمن الذي يُقاوَمُ به الْمتاع، أي: يَقُومُ مقامه، من قولهم: قام المتاع بكذا، أي: تعدَّلت قيمتُهُ به، والجمع: القِيَم[٥].

=

فكلاهما تدليسٌ حرامٌ. انظر: المغني٦/٢٣٤.

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٢٣، و٢٣٥، وانظر: المقنع ١١/٣٦٦، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٠٢.

(٢) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٦/٢٣٥، وانظر: نيل الأرب ص ٥٧٦.

(٣) المحلّى للإمام ابن حزم ٧/٥٨٢.

(٤) انظر: مختار الصّحاح ص١٤٣، والمصباح المنير ص٥٤، ومعجم لغة الفقهاء ص١٦٠.

(٥) انظر: المصباح المنير ص ١٩٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٤٢.

الرّدّ: أي: المنع، وضدّ القبول، ردّ عليه الشّيء إذا لم يقبله، وكذا إذا خطّأه[١].

عيبٌ: ظاهرُ المعنَى، أي: صار ذا عيب، وهو مَعيبٌ أو مَعيوبٌ على الأصل[٢].

والرّدّ بالعيب في الاصطلاح الفقهي هو: لَقَبٌ لِتَمَكُّنِ الْمُبتاع مِن ردِّ مبيعه على بائعه، لِنقصه عن حالة بِيعَ عليها، غير قلّة كَمِّيَّتِه قبل ضمانه مُبْتَاعُهُ[٣].

وبعبادةٍ أخرى: الرّداءة والنقيصة التي يخلو منها الْخَلْق السّليم، أو الصّنع السّليم عادةً[٤].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

الشّريعة الإسلامية الحنيفيّة جاءت بالأحكام تُنَظِّمُ حياة النّاس وكلّها عدلٌ، ولا يوجد عدلٌ في جميع ثقافاتٍ ولا تَوَجُّهَاتٍ ولا أَنْظمةٍ ولا سياساتٍ مثل ما يوجد في الإسلام؛ فالإسلام كما هو شريعةٌ تنظّم علاقة العبد بربّه عزّ وجلّ، وهي كذلك شريعةٌ تُنَظِّم علاقاتٍ بين النّاس بعضهم ببعضٍ، وعلى هذا الأساس درج بعض الفقهاء في تقسيم أحكام الشّريعة في الإسلام تقسيماً ثنائياً إلى عبادات ومعاملات[٥].

والمعاملات هي: (الأحكامُ الشّرعيّةُ الْمُنَظِّمةُ لتعامل النّاس في الدّنيا).

---

(١) انظر: مختار الصّحاح ص ٢٣٩، والمصباح المنير ص ٨٥.

(٢) انظر: مختار الصّحاح ص ٤٦٤، والمصباح المنير ص ١٦٧.

(٣) انظر: حدود ابن عرفة ٣٦٨/١-٣٧٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٠.

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢٩٤.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٥١٧/٢، والذّخيرة ٨/١،و٣٤٢، والقوانين الفقهية ص٨-٩، و١٣٠، والموافقات ٩/٢، و٩٩/٣، و١٧٣/٤، وروضة الطّالبين ٢٩١/٤-٢٩٢، و٥٦/٨، و٦٢، وشرح منتهى الإرادات ١٩/٣، ومعالم السّنن ٣/٦، وفتح الباري ١٦٤/١، و٣٤١/٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٠٨.

أو هي: (الأحكام الشّرعيّة المتعلّقة بالأمور الدُّنيويّة)[١].

فهي عند المتقدِّمين مصطلحٌ يُطْلَقُ على التّعامل الواقع بين النّاس بعضهم بعضاً، ويشمل فقه الأسرة من النّكاح والطّلاق وغيرهما، وسائر عقودِ المعاوضات: البياعات، والشّركات، والمضاربات، والسَّلَمَ والإجارات، والقرض والمداينات، والرّهن والضّمان[٢].

ويطلق في هذا العصر على عقود المعاملات خاصّة، وهذه المعاملات جميعها قائمةٌ على العدل مَبنِيّةٌ عليه،ومقوّمات العدل في عقود المعاوضات: وجوب الأمانة والصّدق والبيان، ومنع الغشّ والتّدليس وحرمان كتمان العيب، خاصّة العيوب الباطنة الكامنة؛ إذ الدّاء الكامن لا يظهر، والنّقصُ بِما ظهر لا بِما كمن[٣]، كلّ ذلك من الجانبين، ومحلّ ذلك كلّه الثّمن والْمثمن[٤]، يدلّ على ذلك أدلّةٌ من الكتاب والسُّنّة والإجماع.

أمّا الكتاب فقوله -تعالى-: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٥].

---

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٤٠٨، والمدخل إلى فقه المعاملات المالية ص ١٢، والمدخل لدراسة الشّرعية الإسلامية ص ٣٠.

(٢) انظر: المدخل لدراسة الشّرعية الإسلامية ص ٣٠-٣٣، والمدخل إلى فقه المعاملات ص ١٠-١٣.

(٣) انظر: الهداية ٣/٣٦، والمدّونة ٣/٣٥٣، والمغني ٦/٢٣٣-٢٣٤، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢١٠.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٤٣، ورسالة القيرواني ص ٢١٢، وعقد الجواهر ٢/٦٩٩، والفواكه الدّواني ٢/٨٩، وروضة الطّالبين ٣/٤٩٧، والمغني ٦/٢٣٤، وشرح مسلم ١٠/٤١٧، وفتح الباري ٤/٣٦٤.

(٥) سورة النِّساء، الآية: ٢٩.

الخطاب في هذه الآية يتضمّن جميع أمّة محمّد ﷺ والمعنَى: لا يأكل بعضكم مَالَ بعضٍ بغير حقٍّ؛ فيدخل في هذا المعنَى[١] أَخْذُهُ بسبب غشٍّ وكِتمان العيب الباطن في المبيع والإجارة ونحوها من عقود المعاوضات، وعدم بيانه للمتعاقد ليكون على بيِّنة وبصيرةٍ من أمر المعقود عليه؛ فيتّخذ قراراً إمّا الإقدام أو التّراجع، وإن أقدم مع العلم يكون عقداً وتِجارةً ومبايعةً عن تراضٍ منهما[٢].

وكلّ معاوضةٍ تجارةٌ على أيّ وجه كان العوَضُ، ويعنِي ذلك؛ أنّ التّجارة جائزةٌ وهي: البيع والشّراء بين الاثنين؛ لأنّ التراضي مفاعلةٌ؛ إلاّ أنّ ما كان منها بالباطل لا يجوز، والباطل عامٌ لكلّ ما نُهِيَ عنه شرعاً، ومَبْنَى المعاوضات على المساواة عادةً وحقيقةً، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالبدل، والسّلامة بالسّلامة؛ فكان إطلاق العقد مقتضياً للسّلامة؛ فإذا لَم يُسَلِّم المبيع للمشتري سليماً يثبت له الخيار؛ لأنّ المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد، ولأنّ السّلامة لَمّا كانت مرغوبة المشتري، ولم يحصل فقد اختلّ رضاه، وهذا يوجب الخيار؛ لأنّ الرّضا شرطٌ لصحّة البيع بنصّ الآية، فانعدام الرّضا يَمنع صحّة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتاً للحكم على قدر الدّليل[٣].

---

(١) كما يدخل فيه أيضاً: القمار والخداع والغصوب وجحد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مَالكه، أو حَرَّمَتْهُ الشّريعةُ وإن طابت به نفس مَالكِهِ؛ كمهر البغيّ وحُلْوان الكاهن وَأَثْمَان الخمور.

(٢) انظر: المقدّمات ٢/٩٩-١٠٠، والمهذّب ٢/٨٣، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٠٥، والمحلّى ٧/٥٨٥، وتفسير القرطبي ٢/٣٣٦، و٣/٣٨٢، وتفسير السّعدي ص ٨٨، و١٧٥، وشرح مسلم ١١/٢١٠.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٤٣-٥٤٤، والمهذّب ٢/٩٢، والمحلّى ٧/٥٧٤، وأنيس =

وأمّا من السُّنَّة فأحاديث منها:

قوله ﷺ: «البَيِّعَان[1] بالْخِيَار مَا لَمْ يَتَفرَّقا؛ فَإنْ صَدَقَا وَبَيَّنا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهما، وإن كَذَبَا وكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيعِهمَا»[2].

أي: إن حصل الصِّدقُ من جانب البائع في السّوم، ومن جانب المشتري في الوفاء، وبيَّنا، أي: لِمَا في الثَّمَن والْمُثْمن من عيبٍ باطنٍ، فهو من جانبهما، وكذا نقصه؛ فلا بدّ من بيان كلّ واحد منهما لصاحبه ما يَحتاج إلى بيانه من عيب ونحوه من كلّ ما يتعلّق بالسِّلعة والثّمن[3].

وقوله ﷺ: «بَيْعَ الْمُسْلِمِ الْمُسلمَ؛ لا دَاءَ....»[4]، أي: ليس من شأن المسلم الخديعة، ولا عيب باطن يكتمه البائع[5].

=

الفقهاء ص ٧٤، وتفسير القرطبي ٣٣٧/٢، و١٤٣/٥، و١٤٥-١٤٦، وشرح مسلم ٢١٠/١١.

(١) أي: البائع والمشتري. انظر: فتح الباري ٣٦٢/٤.

(٢) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ٣٦٢/٤، كتاب البيوع، باب إذا بيَّن البَيِّعَان، ولم يَكْتُما ونَصَحَا، برقم: (٢٠٢٧)، ومسلم في صحيحه ١١٦٤/٣، كتاب البيوع، باب الصّدق في البيع والبيان، برقم: (١٥٣٢)، واللّفظ له.

(٣) انظر: شرح مسلم ٤١٧/١٠، وفتح الباري ٣٦٤/٤، والمحلّى ٥٨٥/٧، وأنيس الفقهاء ص ٧٤.

(٤) في كتابه ﷺ لخالد بن هَوذَةَ رضي الله عنه، أخرجه البخاري تعليقاً في صحيحه ٣٦٢/٤، الموضع السّابق، وأوصله كلّ من التّرمذي في سننه ٥٢٠/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في كتابة الشّروط، برقم: (١٢١٦)، وابن ماجه في سننه ٧٥٦/٢، كتاب التّجارات، باب شراء الرّقيق، برقم: (٢٢٥١)، من طريق عبد المجيد، واللّفظ للبخاري.

(٥) انظر: عارضة الأحوذي ٢٢١/٥-٢٢٢، وفتح الباري ٣٦٣/٤، والمحلّى ٥٨٥/٧.

وقوله ﷺ : «مَنْ غَشَّ؛ فَلَيسَ مِنِّي»[1]، قال في الجامع الصّحيح: «العمل على هذا عند أهل العلم، كَرِهوا الغِشَّ، وقالوا: الغِشُّ حرامٌ»[2].

وقوله ﷺ : «الْمُسلِمُ أخو الْمُسلِمِ، ولا يَحِلُّ لِمُسلمٍ باع مِن أخيه بيعاً فيه عَيبٌ إلاّ بَيَّنَه له»[3].

وقوله ﷺ : «مَنْ باع عيباً لَم يُبَيِّنْه، لَم يَزَل في مَقتِ الله، ولَم تَزَل الْمَلائكةُ تَلْعَنُهُ»[4].

وأمّا الإجماع؛ فقد قام العرف السّليم على تشنيع ذلك، ومنعه وعَدَّ مَنْ يفعله خارجاً عن المروءة، لذا أطلق عليه بعض الفقهاء لقب: القضاء العرفي"[5]؛ لأنّ مقتضى العرف والعادة سلامة الأشياء من العيوب الطّارئة

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٩٩/١، كتاب الإيمان، باب قول النّبيّ ﷺ : «مَنْ غَشَّنا فليس منّا»، برقم: (١٠٢).

(٢) سنن التّرمذي ٦٠٧/٣.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ٧٥٥/٢، كتاب التّجارات، باب مَن باع عيباً فليُبيِّنه، برقم: (٢٢٤٦).

والحديث صحيحٌ، صحّحه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه ٢٢/٢، برقم: (١٨٢٣/٢٢٣٧)، وإرواء الغليل ١٦٥/٥، برقم: (١٣٢١).

(٤) أخرجه ابن ماجه في الموضع السّابق، برقم: (٢٢٤٧).

والحديث ضعيفٌ، قال الألباني في ضعيف سنن ابن ماجة ١٧٣/١: «ضعيف جدّاً»، وانظر: ضعيف التّرغيب والتّرهيب ٢٧٤/١، برقم: (١٠٩٤)، والجامع الصّغير وزياداته ص ١٢٢٨، برقم: (١٢٢٧٩)، وضعيف الجامع برقم: (٥٥٠١) والمشكاة ١٤٧/٢، برقم: (٢٨٧٤).

(٥) كما في عقد الجواهر ٦٩٩/٢، وانظر: المقدّمات ٩٩/٢-١٠٠، والذّخيرة ٥٦/٥، وإجماع ابن المنذر ص ٥٣، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٧٩/٢، و٨٣، و٩٢، وروضة الطّالبين ٤٦١/٣، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٥/٣.

والنّادرة؛ فوجودها يوجب الرّدّ.

فالأمر خطيرٌ، يحتاج إلى عنايةٍ دقيقةٍ، وهي التي جاءت هذه القاعدة لأجلها، لبيان نوع العيب الذي يوجب الحكم، أعني: خيار الرّدّ بالعيب ويُسَمَّى خيار النّقيصة، وأنّه ليس كلّ العيب يوجب ذلك، بل الموجب هو الذي يؤثّر في الثّمن والقيمة، ومن العيوب التي توجب الحكم، عيوبٌ في النّفس أو في البدن، وإن كانت في البدن فمنها عيوبٌ من قِبَلِ الشّرط، بأن تُشْتَرَطَ أضدادها في المبيع، ومنها عيوبٌ توجب الحكم وإن لم تشترط أضدادها في المبيع، وهذه هي التي فقدُها نقصٌ في أصل الخلقة، وأمّا العيوب الأخرى فهي التي أضدادها كمالاتٌ، وليس فقدها نقصاً، مثل الصّنائع، وأكثر ما يوجد هذا الصّنف في أحوال النّفس، وقد يوجد في أحوال الجسم، والعيوب الجسمانية منها ما هي في أجسام ذوات الأنفس، ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس، وبالجملة؛ فالعيوب هي التي تعوق فعل النّفس، أو فعل الجسم، وهذا العائقُ قد يكون في الشّيء، وقد يكون من خارجه، والتي لَها تأثيرٌ في العقد عند الجميع، هي ما نقص عن الخلقة الطّبيعية؛ كنقصٍ في اليد مثلاً، أو عن الخلق الشّرعيّ؛ كالعفّة مثلاً نقصٌ بسبب الزّنا، نقصاناً له تأثيرٌ في ثَمن المبيع، وذلك يَختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص، فربّما كان النّقص في الخلقة فضيلةً في الشّرع؛ كالخفاض في الإماء، والختان في العبيد[1].

---

(١) انظر:الهداية٣/٣٦، والمدوّنة٣/٣٤٨، والمعونة٢/١٠٥٠،وبداية المجتهد ٣/٣٣٧-٣٣٨، وعقد الجواهر ٢/٦٩٩،و٧٠١،و٧٠٣،ومختصر خليل ص١٦٨، و١٨٢،
=

وأيضاً فإنّ العقود التي يجب فيها حكم الرّدّ بالعيب هي العقود التي المقصود منها المعاوضةُ، وأنّ العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة فلا تأثير للعيب فيها بلا خلاف؛ كالهبات لغير الثّواب، والصّدقة[١].

والعيب في العرف الفقهي عيبان: عيبٌ كثيرٌ فاحشٌ يُؤثِّر، وعيبٌ قليلٌ يسيرٌ لا يؤثِّر.

أمّا العيب اليسير؛ فهو الذي لا تأثير له في القيمة في نظر الْمُقَوِّمين.

والعيب الكثير الفاحش، وهو ما له تأثير في تَحديد القيمة في نظر الْمُقَوِّمين، أو ما يَخلّ بالمقصود، وهو المراد عند الإطلاق[٢]، وفي هذه القاعدة.

والمرجع الأساسي لتحديد العيب المؤثِّر حَتَّى تُخَرَّجَ الفروعُ عليه هو العرف الصّحيح السّليم، قال في القواعد الجامعة: «التّاسعة: العرف والعادة، يرجع إليه في كلّ حكمٍ حَكَمَ به الشّارعُ، ولَمْ يَحُدَّهُ بِحَدٍّ...، ومن ذلك: العيوب، والغبن[٣]، والتّدليس، يرجع في ذلك إلى العرف، فما

=

ومواهب الجليل ٣٣١/٦، و٣٣٤، والفواكه الدّواني ٨٧/٢، و٨٩، و٩٠، والمهذّب ٩٢/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٢/٣، والمحلّى ٥٧٤/٧.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٥٩/٤-٤٦٠، و٥٤٣-٥٤٤، وبداية المجتهد ٣٣٦/٣، وعقد الجواهر ٦٩٩/٢، و٧٠١، والمهذّب ٧٩/٢، و٨٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٤/٢، والهداية ٣٨/٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٩٤.

(٣) الغَبْنُ، مصدر غَبَنَ، ومنه: غَبَنَهُ في البيع والشِّراء، أي: خدعه وغلبه ونقصه، وغُبِنَ فهو مَغْبُونٌ، أي: منقوصٌ في الثّمن أو غيره.

انظر: مختار الصّحاح ص ٤٦٨، والمصباح المنير ص ١٦٨.

والغَبَنُ في العقود على نوعين:

الغَبْنُ القليل اليسير، وهو: ما يدخل تحت تقويم الْمُقَوِّمين.

=

عَدَّهُ النّاسُ عيباً أو غبناً أو تدليساً علّق به الحكم))[١].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة محلّ الاتّفاق بين أهل العلم في الجملة، كما تقدّم في قول الإمام ابن رشد، وفي فقرة توثيقها؛ فإنّهم مُتَّفُقون على أنّ العيب الذي يثبت خيار الرّدّ لصاحبه، ويوجب حكمه هو الذي يؤثّر في قيمة السّلعة ويحطّه.

قواعد ذات العلاقة:

قَعَّدَ الإمام ابن رشد قاعدةً أخرى بقوله: (**نُقصانُ القيمة لاختلاف الأسواق غير مُؤثِّرٍ في الرَّدِّ بالعيب بإجماع**)[٢]، ذكرها في مطلع باب في طروّ النّقصان الذي يُعتبَر عيباً، والعلاقة بينها وبين القاعدة علاقةٌ شرطيّةٌ؛ أعني: أنّه يشترط في النّقصان الذي يُعَدُّ عيباً ويوجب حكم الرّدّ بالعيب أن يكون حادثاً بسببٍ يؤثّر في رغبات النّاس إيجاباً أو سلباً، أمّا نقصان القيمة لاختلاف الأسواق فغير مؤثّرٍ في الرّدّ بالعيب.

واختلفوا في بعض مسائل منها ما يرجع إلى مُوجَب الرّدّ بالعيب، ومنها ما يرجع إلى ما يُعَدّ مُؤَثِّراً في القيمة مِمّا ليس بِمؤثّر فيها.

=

والغَبْنُ الكثيرُ الفاحشُ، وهو: ما لا يدخل تحت تقويم الْمُقَوِّمين.

انظر: طلبة الطلبة ص ١٣٤، و١٦١، وأنيس الفقهاء ص ٧٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٩٧.

(١) القواعد الجامعة للإمام السّعدي ص ٣٥-٣٨، وانظر: نيل الأرب ص ٥٧٦، وشرح منظومة القواعد للعويد ص ١٤٤، وشرح المنظومة السّعدية ص ٨٨.

(٢) بداية المجتهد ٢/١٨١.

قال ابن رشد: ((والعيوب التي لَها تأثيرٌ في العقد هي عند الجميع: ما نقص عن الخلقة الطّبيعية، أو عن الخلق الشّرعِيّ نقصاناً له تأثيرٌ في ثَمن المبيع، وذلك يَختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص، فربّما كان النّقص في الخلقة فضيلةً في الشّرع؛ كالخفاض في الإماء، والختان في العبيد، ولتقارب هذه المعانِي في شيءٍ مِمّا يتعامل النّاس به، وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك))(١)، أذكر منها فيما يلي:

المسألة الأولى: حكم العيب أو مُوجِبُه:

هو ثبوت الفسخ والرّدّ لصاحبه مَتَى عَلِمَ به، ويكون مُخَيَّراً بين ردّ المعيب، وبين إمساكه، هذا بلا خلافٍ، وإنّما الخلاف في هل له أَخْذُ أرش العيب إذا اختار الإمساك؟

فذهب الحنابلة والمالكية في المذهب إلى أنّ له الإمساك مع أَخْذ أرش المعيب(٢).

تعليلهم:أنّ مُطلق عقد الْمسلم يقتضي السّلامة من العيب،ولأنّه ظهر على عيبٍ لَم يعلم به،فكان له الأرشُ كما لو تعيَّب عنده، ولأنّه فات عليه جزءٌ من المبيع،فكانت له المطالبةُ بعوضه؛لأنّ كلّ جزءٍ من الْمُعَوَّض يقابله

---

(١) بداية المجتهد ٣٣٧/٣.

(٢) وعليه درج البغداديّون من المالكية، وهو اختيار أبي بكر بن رزق شيخ ابن رشد الجدّ.
انظر: بدائع الصّنائع ٥٤١/٤، و٥٤٣، والهداية ٣٥/٣، والمعونة ١٠٥١/٢، و١٠٥٢، والمقدّمات ١٠١/٢، وبدايةالمجتهد ٣٤٤/٣-٣٤٥، وعقد الجواهر ٧٠٢/٢، و٧١٢، والقوانين الفقهية ص ١٧٦، والمقنع ٣١٦/١١، و٣٢٢، و٣٧٥، والمغني ٢٢٩/٦، و٢٤١، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٥/٣، و٢٠٦، والمحلّى ٤٥٩/٧.

جزءٌ من العِوض، ومع العيب فاته جزءٌ؛ فيرجع ببدله وهو الأرش[١].

وذهب الحنفية والشّافعية والظّاهرية إلى أنّه ليس له إلاّ الإمساكُ أو الرّدُّ، وليس له أرشٌ إلاّ أن يتعذّر ردّ المعيب؛ لأنّ النّبيّ ﷺ جعل لِمشتري الْمُصراة الْخيار بين الإمساك من غير أرشٍ أو الرّد[٢].

وأجيب عن ذلك بأنّ المصراة ليس فيها عيبٌ، وإنّما مَلَك الخيار بالتّدليس لا لفوات جزءٍ، ولذلك لا يستحقّ أرشاً إذا امتنع الرّدّ عليه[٣].

والذي يترجّح في نظري هو القول بأنّ له الإمساك مع أَخْذ أرش العيب؛ لقوّة دليله وسلامته.

إذا ثبت هذا؛ فإنّ لصاحب الخيار الرّدَّ مَتَى علم بذلك، ولا يتقيّد خياره بالمدّة، ويثبت خِيار الرّدّ بالعيب على التّراخي؛ فمَتَى علِم العيبَ فأخّر الرّدّ لَم يبطل خِياره؛ حتّى يوجد منه ما يَدُلُّ على الرِّضا فيبطل خياره؛ لأنّه خيارٌ لدفع ضررٍ مُتَحَقِّقٍ فكان على التّراخِي؛ كالقصاص[٤].

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) وعليه درج الإمام ابن رشد، انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٤٣، وبداية المجتهد ٣/٣٤٤-٣٤٥، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٢/٧٩، و٨٣-٨٤، و٩٢، والمحلّى ٧/٥٧٤.

(٣) انظر: المقنع١١/٣٧٥،والمغني٦/٢٢٩، و٢٤١،وشرح منتهى الإرادات٣/٢٠٦.

(٤) هذا مذهب الحنفية والمالكيّة والحنابلة والظّاهرية، وذهب الشّافعية إلى أنّه على الفور؛ فيبطل بالتّأخير بلا عذر، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد؛ لأنّ تأخيره بعد العلم دليلٌ على الرّضا فَأُسْقِطَ خيارُهُ كالتّصرّف.

انظر: مختصر القدوري ص ٨١، وبدائع الصّنائع ٤/٥٥٦-٥٥٧، وبداية المجتهد ٣/٣٣٥، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٢/٨٥، وروضة الطّالبين ٣/٤٧٨، و٤٨٢، والمقنع والشّرح الكبير ١١/٤١٣، والمغنِي ٦/٢٢٦، ومنتهى الإرادات =

المسألة: الثّانية: حقيقة الرّدّ بالعيب: في ذلك مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّ الرّدّ بالعيب هو فسخ العقد ونقضٌ له عند قيام العيب، أي: رفعه من حينه لا من أصله؛ فيصحّ البدل. وبه قال المالكية والشّافعية والحنابلة[1].

المذهب الثّاني: أنّ الرّدّ بالعيب هو فسخ العقد ونقضٌ له من أصله فينتقض،كأن لَم يكن.وبه قال الحنفية،وقولٌ للمالكية والشّافعية[2].

والذي يترجّح في نظري هو القول بأنّه رفعه من حينه لا من أصله؛ لأنّه لا خلاف في أنّ ما استغلّه قبل العلم بالعيب حلالٌ له، فلو كان الرّدّ يعنِي رفعه من أصله لَمّا طاب له ذلك، ولَصار أكل الحرام، و لم يقل به أحدٌ حسب علمِي، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

المسألة الثّالثة: شروط الرّدّ بالعيب:

للعيب الموجب للحكم شروطٌ منها:

الشّرط الأوّل: كون العيب أقدم من التّبايع، يعنِي: أن يكون حادثاً قَبْلَ أمد التّبايع باتّفاقٍ؛ لأنّ مدار الرّدّ على التّعيّب عند القبض.

=

١/٢٦١، وشرح منتهى الإرادات٣/٢١٠، والمحلّى٧/٥٨٤، وفتح الباري٤/٤٢٩.

(١) انظر:المقدّمات٢/٦٥، و٦٧،و١١٤،وعقدالجواهر٢/٦٧٩-٦٨١،و٧١٧،والقوانين الفقهية ص ١٦٣، و١٧٢، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٢/٨٥، وروضة الطّالبين ٣/٤٩١، والمغنِي ٦/٢٢٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٩٧، و٥٥٦، و٥٦٠، و٥٨٤، ، والهداية٣/٥١، والمقدّمات ٢/٦٥، و٦٧، وعقد الجواهر ٢/٦٣٧، و٧١٧، والقوانين الفقهية ص ١٦٣، و١٧٢، وروضة الطّالبين ٣/٤٩١.

وضابط حدوث العيب: أنّ كلّ حادثةٍ يكون فيها ضمان المبيع باقياً من البائع؛ فحدوث العيب فيها يوجب الخيار للمبتاع، وكلّ حالةٍ انتقل الضّمان فيها للمبتاع؛ فحدوثه حينئذٍ لا يوجب له خياراً[(١)].

أو يكون حادثاً في العُهْدَةِ، وانفرد المالكية بهذا القول، تبعاً في ذلك الفقهاء السّبعة من أهل المدينة، وهي في الرّقيق، وواقعةٌ أيضاً في أصناع البيوع في كلّ ما كان القصد منه المماكسة والمحاكرة، وكان بيعاً لا في الذّمة، والعُهْدَةُ عُهْدَتان:

الأولَى: عُهْدَةُ ثلاثة أيّامٍ، وذلك في جميع العيوب الحادثة فيها؛ حيث تكون النّفقة والضّمان في هذه المدّة من البائع، وهي بِمَنْزلة أيّام الخيار، وأيّام الاستبراء.

العُهْدَةُ الثّانيةُ: عُهْدَة السَّنَةِ، وهي من العيوب الثلاثة فقط: الجنون والجذام والبرص؛ فما أصاب المبيعَ منها خلال هذه العُهْدَة فهو من ضمان البائع، والنّفقة فيها من المشتري، وكذلك الضّمان على المشتري فيما عدا الأدواء الثّلاثة المذكورة، وتحسب عُهْدَةُ السَّنَةِ بعد عُهْدَة الثّلاثة في الأَشْهَر عندهم.

ويعني ذلك: أنّ ذمّة العبد على البائع ثلاثة أيّامٍ من البيع، إذا لَم يشترط البراءة من العيب، وأنّ كلّ عيبٍ حدث فيها عند المشتري فهو من البائع، ويملك الرّدّ على البائع بوجدان العيب إلى ثلاثة أيّامٍ، أو سنة

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٨١-٨٢، وبدائع الصّنائع ٥٤٦/٤، والهداية ٣٧/٣، والمدوّنة ٣٦٤/٣، المعونة ١٠٥٤/٢، وبداية المجتهد ٣٤٠/٣، و٣٤٣، والذّخيرة ٥٧/٥، والقوانين الفقهية ص ١٧٥، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٨٤/٢، وروضة الطّالبين ٤٦٦/٣، و٤٨٣، و٤٩١، وأشباه السّيوطي ص ٧٠٤.

حسب المبيع والعيب، ويسعه الرّدّ فيه، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل[1].

استدلّوا على ذلك بما روى الحسن عن عقبة أنّ النّبيّ ﷺ جعل عُهْدَةَ الرّقيق ثلاثة أيّامٍ[2].

وأيضاً بعمل أهل المدينة.

أجيب عن استدلالهم بأنّ الحديث لَم يثبت ولا يصحّ، فلا يصحّ الاحتجاج به[3].

---

(١) انظر: المدوّنة ٣/٣٦٤-٣٧٤، ورسالة القيرواني ص ٢١٦، والاستذكار ٥/٢٨٦-٢٨٩، والمنتقى ٦/٤٨-٥٣، وبداية المجتهد ٣/٣٤٠-٣٤٣، وعقد الجواهر ٢/٧٠٤، و٧١٨-٧٢٠ والذّخيرة ٥/١١٤-١٢٠، و معالم السّنن ٣/٧٧٦.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٣/٧٧٦، كتاب البيوع والإجارات، باب في عُهْدَةَ الرّقيق، برقم: (٣٥٠٦)، وابن ماجه في سننه ٢/٧٥٤، كتاب التّجارات، باب عُهْدة الرّقيق، برقم: (٢٢٤٤).

وفي لفظ أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا عُهْدَةَ بعد أَرْبعٍ»، أخرجه ابن ماجه في الموضع السّابق برقم: (٢٢٤٥).

والحديث ضعيفٌ، ضعّفه الألباني في: ضعيف أبي داود (٣٠٤٣)، وضعيف ابن ماجه (٢٢٣٥، ٢٢٣٦)، والجامع الصّغير (٨٢٦٩، و١٤٤٤٩).

(٣) قال الإمام ابن رشد في بداية المجتهد ٣/٣٤٢-٣٤٣: «وكلا الحديثين عند أهل العلم معلولٌ؛ فإنّهم اختلفوا في سماع الحسن عن سَمُرة، وإن كان التّرمذيّ قد صحّحه، وأمّا سائر فقهاء الأمصار فلم يصحَّ عندهم في العهدة أثرٌ، ورأوا أنّها لو صحّت، مُخالفةٌ للأصول، وذلك أنّ المسلمين مجمعون على أنّ كلّ مصيبة تَنْزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري؛ فالتّخصيص لمثل هذا الأصل المقرَّر إنّما يكون بسماعٍ ثابت، ولذلك ضعف عند مالك في إحدى الرّوايتين عنه أن يُقْضَى بها في كلّ بلدٍ إلاّ أن يكون ذلك عُرفاً في البلدِ أو يشترط، وبخاصّة عهدة السَّنَة؛ فإنّه لَم يأتِ في ذلك أثرٌ، وروى الشّافعي عن ابن جريج قال: سألتُ ابن شهاب عن =

وطريق إثبات العيب يختلف باختلاف العيب والمعيب؛ لأنّ العيب لا يخلو إمّا أن يكون ظاهراً مشاهداً، يقف عليه كلّ أحد؛ كالإصبع الزّائدة والنّاقصة، وكسر الزّجاج في السّيارة، فهذا يثبت بنظر القاضي أو أمينه ووكيله؛ لأنّ العيان لا يحتاج إلى البيان.

وإنّ كان العيب باطناً خفيّاً، لا يقف عليه إلاّ الخواص من النّاس المتخصّصين؛ كالأطباء والبياطرة، والنّساء؛ فيثبت بقولهم؛ لأنّهم أهل الذّكر في هذا الباب[1].

الشّرط الثّاني: جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض، فإن كان عالماً به فلا خيار له؛ لأنّ الإقدام على الشّراء مع العلم بالعيب رضا به دلالةً، وكذا إذا لم يعلم عند العقد، ثم علم بعده قبل القبض؛ لأنّ تمام الصّفقة متعلّقةٌ بالقبض؛ فكان العلم عند القبض

=

عُهْدَة السَّنَة والثّلاث؛ فقال: ما علمتُ فيها أمراً سالفاً».

وقال الإمامَ أحمد: «ليس فيه حديثٌ صحيحٌ»، وقال ابن المنذر: «لا يثبت في العُهدة حديثٌ صحيحٌ، الحسن لَم يلق عُقبة»، وإجماع أهل المدينة ليس بحجّة على تفصيلٍ في ذلك، والدّاء الكامن لا عبرة به، وإنّما النّقص بما ظَهَرَ لا بما كَمَنَ.

وضعّفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود ١/٣٤٧، برقم: (٣٠٤٣/٧٥٥)، وضعيف سنن ابن ماجه برقمك (٢٢٣٥/٤٨٨، و٢٢٣٦/٤٨٩)، والجامع الصّغير وزياداته برقم: (٨٢٦٩).

انظر: المغني ٦/٢٣٣-٢٣٤، ومعالم السّنن ٣/٧٧٦، ومحمّد فؤاد عبد الباقي على سنن ابن ماجة ٢/٧٥٤، وتعليق محقّق بداية المجتهد ٣/٣٤٢.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٥١-٥٥٣، والمعونة ٢/١٠٥٤، و١٠٥٥، والمقدّمات ٢/١١٤، والقوانين الفقهية ص ١٧٥، ومختصر المزني ص ١٢٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢١٠، والمحلّى ٧/٥٨٥.

كالعلم عند العقد[١].

الشّرط الثّالث: عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع[٢]، إمّا عامّة؛ كقوله: بعت على أنّي بريءٌ من العيوب، أو من كلّ عيب، وإمّا خاصّة؛ كقوله: من عيبٍ كذا سمّاه، وكلّ ذلك -أيضاً- لا يَخلو من ثلاثة أوجه:

إمّا أن يقيّد البراءة بعيب قائمٍ حالة العقد؛ فلا يتناول العيب الحادث بعد البيع، سواء كانت عامّةً أو خاصّةً؛ لأنّ اللّفظ المقيَّد بوصفٍ لا يتناول غير الموصوف بتلك الصّفة.

وإمّا أن يطلقها إطلاقاً؛ فيدخل فيه القائم والحادث[٣]؛ لأنّ لفظ الإبراء يتناول الحادث نصّاً ودلالةً، أمّا النّصّ فلأنّه عمّ البراءة عن العيوب كلّها، أو خصّها بِجنسٍ من العيوب على الإطلاق نصّاً؛ فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز إلاّ بدليلٍ، وأمّا الدّلالة فهي أنّ غرض

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٤٨/٤، والمدوّنة ٣٣٩/٣، والقوانين الفقهية ص ١٧٥، والمهذّب ٨٤/٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٤٨/٤-٥٤٩، والهداية ٤١/٣، والمدوّنة ٣٦١/٣، و٣٦٦-٣٦٨، والاستذكار ٢٩٠/٥-٢٩٢، والمقدّمات ١١٢/٢، وعقد الجواهر ٧٠٦/٢-٧٠٨، والذّخيرة ٩٠/٥، والقوانين الفقهية ص ١٧٥، ومختصر المزني ص ١٢٤، والمهذّب ٩٦/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٦/٣.

(٣) هذا ظاهر مذهب الحنفية، وذهب محمّد وزفر إلى أنّ الحادث لا يدخل فيه؛ لأنّ الإبراء عن العيب يقتضي وجوب العيب؛ لأنّ الإبراء عن المعدوم لا يتصوّر، والحادث لم يكن موجوداً عند البيع، فلا يدخل تحت الإبراء.
وقد أجيب عنه بأنّه مَمنوعٌ، بل هو إبراءٌ عن الثّابت لكن تقديراً.
انظر: بدائع الصّنائع ٥٤٨/٤-٥٤٩، وعقد الجواهر ٧٠٧/٢-٧٠٨، والذّخيرة ٩٠/٥، والقوانين الفقهية ص ١٧٥، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٦/٣.

البائع من هذا الشّرط هو انسداد طريق الـردّ، ولا ينسـدّ إلاّ بـدخول الحادث فكان دالاً فيه دلالةً.

الشّرط الرّابع: (كيفية الفسخ، والرّد بالعيب): لا يفتقر الرّدُّ بالعيـب إلى رضا البائع، ولا حضوره، ولا حكم حاكمٍ قَبْلَ القبض أو بعده، وبه قال المالكية والشّافعية والحنابلة والحنفية إذا كان المبيع بيد البائع.

تعليلهم: أنّه رفعُ عقد مُستحقٌ له، فَلم يفتقر إلى رضا صاحبه، ولا حضوره كالطّلاق، وقبل القبض[١].

وذهب الحنفية إلى أنّه إن كان في يد المشتري، وكان قَبْلَ القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه، وإن كان بعده افتقر إلى رضا صـاحبه، أو حكم حاكمٍ؛ لأنّ ملْكه قد تَمَّ على الثّمن، فلا يزول إلاّ برضاه[٢].

الشّرط الخامس: يشترط العقل في الإباق والسّرقة والبول على الفراش[٣].

المسألة الرّابعة: مُبطلات خيار الرّدّ بالعيب:

يبطل حقّ خيار الرّدّ بالعيب ما يلي:

أوّلاً: الرّضا بالعيب بعد العلم به؛ لأنّ حقَّ الرّدّ لفوات السّلامة المشروطة في العقد دلالةً، وإذا رضي بالعيب بعد العلم به دلّ أنّه ما شـرط السّلامة؛ ولأنّه ثبت نظراً للمشتري، دفعاً للضّرر عنه، فإذا رضـي

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٥٤/٤، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٨٥/٢، وروضة الطّالبين ٤٧٨/٣، و٤٨١، والمغني ٢٤١/٦-٢٤٢، والمقنع ٤١٥/١١، وشـرح منتهى الإرادات ٢٠٧/٣، و٢١١.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٨١-٨٢، وبدائع الصّنائع ٥٤٨/٣، و٥٥٤/٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٤٧/٤، وجامع الأمّهـات ص ٣٥٨، ومختصـر خليـل ص١٨٢، والمهذّب٩٢/٢، وروضة الطّالبين ٤٦٢/٣، وشـرح منتـهى الإرادات ٢٠٢/٣، وأشباه السّيوطي ص ٧٠٤.

بالعيب لم ينظر لنفسه ورضي بالضّرر.

والرّضا إمّا صريحٌ وما هو في معنَى الصّريح، وإمّا دلالةٌ؛ فالصّريح؛ كقوله: رضيت بالعيب، أو أجزت هذا البيع، وما يجري هذا المجرى، وأمّا الدّلالة؛ فهي أن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرّفٌ في المبيع مُختاراً يدلّ على الرّضا بالعيب، كما لو كان ثوباً فصبّغه، أو قطعه، أو سويقاً فلتّه بِسَمنٍ، أو أرضاً فبَنَى عليها، أو تَصَرَّفَ مُخْتَاراً تَصَرُّفاً أخرجه كلّه أو بعضه عن ملكه، وهو عالمٌ بالعيب.

وأمّا تَصَرُّفُ المضطرّ فلا يبطل الخيار، ولم يسقط حقّه من الرّد؛ لأنّه لَم يرض بالعيب، كمَن لا يَجد بدّاً في ركوب السّيارة عند إرادة ردّها[1].

ثانياً: إبراء المشتري عن العيب؛ لأنّ الإبراء إسقاطٌ، وله ولاية الإسقاط؛ لأنّ الخيار حقّه، والمحلّ قابلٌ للإسقاط[2].

ثالثاً: موت المبيع المعيب، أو هلاكه في حوزة المشتري يُسْقِطُ حقّ خيار الرّدّ بالعيب، ويبقَى الرّجوع لأخْذ أرش العيب؛ وذلك لتعذّر الرّدّ بفوات محلّه، والأصل فيه أنّ كلّ ما يتعذّر معه الرّدُّ فوتٌ[3].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٥٦/٤، و٥٥٧، والمعونة ١٠٥٢/٢-١٠٥٣، و١٠٥٥، وعقد الجواهر ٧١١/٢، و٧١٤، والذّخيرة ١٠٣/٥، والقوانين الفقهية ص ١٧٦، والفواكه الدّواني ٨٩/٢، والمهذّب ٨٥/٢، و٩١، و٩٢، وروضة الطّالبين ٤٨١/٣، والمقنع ٣١٦/١١، و٣٢٢، و٤٠٦، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٤/٣، و٢٠٥، و٢٠٩، والمحلّى ٥٨٥/٧، والقواعد الجامعة ص ١٣٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٥٧/٤، والقوانين الفقهية ص ١٧٦، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٦/٣، و٢٠٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٤١/٤، و٥٥٧، والهداية ٣٧/٣، والمدوّنة ٣٢٤/٣، والمعونة =

رابعاً: حدوث عيبٍ آخر عند المشتري، فيكون مُخَيَّراً بين ردّه وردّ أرش العيب الحادث عنده، وبين إمساكه وأخْذ أرش العيب القديم[(١)].

خامساً: خروج المبيع عن مِلْك المشتري بتَصَرُّفٍ لا يذهب عينه؛ كَمَن اشترى معيباً فباعه سقط خياره؛ لأنّه قد زال مِلْكه عنه، ولأنّ كلّ تصرُّفٍ يوجد من المشتري في الْمُشْتَرَى بعد العلم بالعيب يدلّ على الرّضا بالعيب يسقط الخيار، ويلزم البيع[(٢)].

وإن عاد إليه وأراد ردَّه بالعيب الأوّل نُظِرَ: فإن كان عالماً بالعيب، أو وُجِدَ منه ما يدلّ على رضاه به؛ فليس له رَدُّهُ؛ لأنّ تصرّفه رضًا بالعيب مسقطٌ للرّدّ.

وإن لم يكن عَلِمَ بالعيب، ولا رضي به؛ ففيه مذهبان:

المذهب الأوّل: له رَدُّهُ على بائعه، وبهذا قال المالكية والشّافعية والحنابلة؛

=

٢/١٠٥٧، والمنتقى ٦/٨٢، والمقدّمات ٢/١٠٤-١٠٩، وبداية المجتهد ٣/٣٤٧، وعقد الجواهر ٢/٧١٠، و٧١٢، والقوانين الفقهية ص ١٧٦، ومختصر المزني ص ١٢٢، وروضة الطّالبين ٣/٤٧٤، والمقنع ١١/٣٢٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٠٤، والمحلّى ٧/٥٨١، و٥٨٥.

(١) وبه قال المالكية والحنابلة، خلافاً للحنفية والشّافعية أنّه ليس له إلاّ أرش العيب القديم، وتقدّم قريباً في المسألة الأولَى. انظر: القوانين الفقهية ص ١٧٦، والمقنع ١١/٣٢٢، والمحلّى ٧/٥٨٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٥٦، و٥٥٧، والمقدّمات ٢/١٠٩، وبداية المجتهد ٣/٣٤٧، وعقد الجواهر ٢/٧١٠، والذّخيرة ٥/٩٨، والقوانين الفقهية ص ١٧٦، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٢/٩١، وروضة الطّالبين ٣/٤٧٥، والمقنع ١١/٣١٦، و٣٢٢، والمغني ٦/٢٤٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٠٨، والمحلّى ٧/٥٨٥.

ذلك أنّه أَمكنه استدراك ظُلامَته بردِّه، فَمَلكَ ذلك كما لو فَسَخ الثّانِي بِحكم حاكمٍ، أو كما لو لَمْ يَزُل مِلْكُهُ عنه[1].

وسواء في ذلك عند المالكية والحنابلة رجع إلى المشتري الأوّل بالعيب الأوّل، أو بإقالةٍ، أو هبةٍ، أو شراءٍ ثان، أو ميراث[2].

وذهب الشّافعية إلى أنّه إن رجع بغير الفسخ بالعيب الأوّل، فوجهان، أصحّهما: ليس له رَدُّهُ؛ لأنّه استدرك ظُلامَتَهُ ببيعه، ولم يَزُلْ بفسخه، وبه قال الظّاهرية[3].

المذهب الثّاني: ليس له رَدُّهُ، إلاّ أن يكون قَبِلَ الْمُشتَرَى بقضاء القاضي، أو بإقرارٍ، أو بيّنة، أو بإباء يَمينٍ فيكون له الرّدّ، وإن قَبِلَ بغير قضاء القاضي ليس له رَدُّهُ؛ لأنّه سقط حَقُّهُ مِن الرّدّ ببيعه لكون الرّدّ مُمتنعاً، فأشبه ما لو عَلِمَ بعيبه، وبه قال الحنفية[4].

أجيب عنه بعدم التّسليم بسقوط حقّه، وإنّما امتنع لِعجزه عن ردِّه، فإذا عاد إليه زال المانع، فظهر جواز الرّدّ، كما لو امتنع الرّدّ لغيبة البائع،

---

(١) انظر: المدوّنة ٣/٣٢٧، والمعونة ٢/١٠٥٨، وبداية المجتهد ٣/٣٤٧-٣٤٨، وعقد الجواهر ٢/٧١٠، والذّخيرة ٥/١٠٦، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٢/٩١-٩٢، وروضة الطّالبين ٣/٤٧٧، والمقنع ١١/٣٢٢، والمغني ٦/٢٤٢، وشرح منتهي الإرادات ٣/٢٠٩.

(٢) وقولٌ للحنفية استحساناً. انظر: الهداية ٣/٣٧، والمدوّنة ٣/٣٢٧، والمقدّمات ٢/١٠٩، وبداية المجتهد ٣/٣٤٨، وعقد الجواهر ٢/٧١٠، والمهذّب ٢/٩٢، والمغني ٦/٢٤٢.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٢/٩٢، وروضة الطّالبين ٣/٤٧٥-٤٧٧، والمحلّى ٧/٥٨٢.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٨٢، وبدائع الصّنائع ٤/٥٥٦، والهداية ٣/٣٥-٣٩.

أو لمعنًى سواه[١].

ولعلّ الرّاجح هو القول بأنّ له رَدَّهُ على بائعه الأوّل؛ لأنّ سبب استحقاق الرّدّ قائمٌ، وإنّما امتنع لتعذّره بزوال ملكه؛ فإذا زال المانعُ وجب أن يجوز الرّدُّ عليه بالعيب، ولأنّ الحكم يدور مع علّته وجوداً أو عدماً، والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

بناء على هذا، لو باع المعيب، ثم أراد أَخْذَ أرشه؛ فليس له أرشه، سواء باعه عالماً بعيبه أو غير عالم، وبه قال الحنفية والشّافعية وظاهر مذهب الحنابلَة وقولٌ للمالكية؛ لأنّ امتناع الرّدّ كان بفعله، فأشبه ما لو أتلف المبيعَ، ولأنّه قد استدرك ظُلامَتَهُ ببيعه، فلم يكن له أرشٌ، كما لو زال العيبُ[٢].

وصحيح مذهب المالكية وقياس مذهب الحنابلة أنّ له الأرش بكلّ حال، سواء باعه عالماً بعيبه أم جاهلاً به؛ لأنّه مُخَيَّرٌ ابتداءً بين رَدِّه وإمساكه وأخْذ الأرش، فبيعه والتّصرّف فيه بمنْزلة إمساكه، ولأنّ عوض الجزء الفائت من المبيع، فلم يسقط ببيعه، ولا رضاه.

وأجابوا عن قولهم: إنّه استدرك ظُلامَتَهُ؛ بأنّه لا يصحّ؛ فإنّ ظُلامَتَهُ مع البائع، ولم يتسدركها منه، وإنّما ظَلِمَ المشتري، فلم يسقط حقُّهُ بذلك من الظّالِم له[٣].

---

(١) انظر: المغني ٢٤٢/٦.

(٢) انظر: مختصر الدوري ص ٨٢، والمعونة ١٠٥٧/٢، وبداية المجتهد ٣٤٧/٣-٣٤٨، وروضة الطّالبين ٤٧٥/٣-٤٧٦، والمغني ٢٤٣/٦.

(٣) انظر: المعونة ١٠٥١/٢-١٠٥٣، وبداية المجتهد ٣٤٧/٣-٣٤٩، وعقد الجواهر ٧١٤/٢، والمغني ٢٤٣/٦.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت هذه القاعدة وصحّته وحجّيتها بإجماع الفقهاء عليها، ومستند الإجماع الاستقراء التّامّ من قِبَل أهل العلم من النّصوص الشّرعية القاضية بتحريم الغشّ والخيانة والخداعة، وإيجاب العدل والمساواة، والبيان والصّدق والأمانة في العقود.

ويستدلّ لها -أيضاً- بقوله ﷺ لَمّا سُئِلَ عن الأمة إذا زَنَت ولَم تُحصَن: «إِنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها، ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فاجْلِدُوهَا، ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فاجْلِدُوهَا، ثُمَّ بِيعُوها ولَو بِضَفِيرٍ[1]»[2].

قال في المنهاج: «وهذا البيع المأمور به، يلزم صاحبه أن يبيّن حالها للمشتري؛ لأنّه عيبٌ، والإخبار بالعيب واجبٌ»[3].

وفي فتح الباري: «وفيه يجب على البائع أن يُعلِمَ المشتري بعيب السّلعة؛ لأنّ قيمتها إنّما تنقص مع العلم بالعيب»[4].

من تطبيقات القاعدة:

---

(١) الضَّفيرُ: الحبل. انظر: التّمهيد ٩٤/١٢، والمنتقى ١٥٩/٩، وفتح الباري ١٦٩/١٢، و١٧٠.

(٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ١٦٨/١٢، كتاب المحاربين من أهل الكفر والرّدّة، باب إذا زنت الأَمَةُ، برقم: (٦٥٩٨)، ومسلم في صحيحه ١٣٢٩/٣، كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذّمة في الزّنا، برقم: (١٧٠٣/٣٢).

(٣) شرح مسلم للنّووي ٢١٠/١١-٢١١.

(٤) فتح الباري لابن حجر ١٧٠/١٢-١٧١.

١-مَنْ باع المعيب عيباً مُؤثِّراً في القيمة؛ فالبيع صحيحٌ عند جمهور أهل العلم منهم المذاهب الأربعة[١]،دليلهم في ذلك حديث الْمُصرَّاة؛ حيث نَهى النَّبيّ ﷺ عن التّصرية، وصحّح البيع معها[٢].

٢-حكم الْمعيب عيباً مؤثِّراً هو ثبوت الخيار لصاحبه؛ فَمَتَى عَلِمَ عيباً بالثَّمن أو الْمثمن لم يكن عالماً به؛ فله الخيارُ بين الفسخ والرّد وبين الإمساك مع أَخْذِ الأرش، سواءٌ كان البائعُ أو الْمُشتَرِي عَلِمَ العَيبَ وكتمه أو لَم يعلمه، وهذا بلا خلاف بين أهل العلم[٣]، إلاّ في أَخْذ الأرش مع الإمساك؛ لأنّ في إثبات النَّبيّ ﷺ الرّدّ بالتّصرية تَنبيهاً على ثبوت الرّد بالعيب، ولأنّ مُطلق عقد الْمسلم يقتضي السّلامة من العيب، ولأنّه ظهر على عيبٍ لَم يعلم به، فكان له الأرشُ كما لو تعيَّب عنده، ولأنّه فات عليه جزءٌ من المبيع، فكانت له المطالبةُ بعوضه.

---

(١) وحُكي عن بعضٍ من أهل العلم منهم أبو بكرٍ عبد العزيز أنّ البيع باطلٌ؛ لأنّه مَنْهِيٌّ عنه، والنَّهيُ يقتضي الفساد.
انظر: مختصر القدوري ص ٨١-٨٢، وبدائع الصّنائع ٥٤٣/٤، والمعونة ١٠٥٠/٢، وبداية المجتهد ٣٣٣٥-٣٣٧، والفواكه الدّواني ٨٧/٢، والمهذّب ٨٤/٢، والمغني ٢٢٥/٦.

(٢) تقدّم تخريج حديث النّهي عن التّصرية في القاعدة [٤٨]، في خيار التّغرير.
وانظر: بداية المجتهد ٣٣٨/٣، والمغني٢٢٥/٦.

(٣) حكَى الإجماع ابن قدامة في المغني ٢٢٥/٦-٢٢٦، وانظر: مختصر القدوري ص ٨١، وبدائع الصّنائع ٥٤١/٤، و٥٤٣، والهداية ٣٥/٣، وبداية المجتهد ٣٣٥/٣، وعقد الجواهر ٧١٢/٢، والفواكه الدّواني ٨٨/٢، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٨٤/٢-٨٥، و٩٢، والمقنع ٣٧٥/١١، والمغني ٢٢٩/٦، و٢٤١، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٥/٣.

٣-إذا زال العيبُ قَبْلَ الرّدّ نُظِرَ؛ فإن كان ممّا تُتَّقَى عاقِبَتُهُ فله الرّدّ، وذلك كالزّوجة في العبد، والزّوج في الأمة،فإنّ الطّلاق لا يسقط الرّدّ فيهما، وكذلك ما أشبهه ممّا لا يؤمن عوده أو ضرره، وأمّا ما يؤمن ذلك فيه؛ فإذا زال فلا ردّ له؛ كالدَّين إذا قضاه و لم يكن في سفه[1].

٤-المبيع المعيب لا يَخلو من أن يكون بحاله لَم يتغيّر؛ فإنّه يردّه ويأخذ رأس ماله، أو يكون قد تغيّر بعد العقد، إما بالزّيادة، أو بالنّقصان، وإن كان بالزّيادة فهي إمّا زيادةٌ مُتَّصلةٌ مُتولِّدةٌ من الأصل؛ كالسِّمَنِ والكِبَر والتَّعَلُّم والحَمْل والثَّمَرَة قبل التّأبير؛ فإنّه يَرّده بنَمائه؛ لأنّه يتبع الأصل في العقود والفسوخ، ولا ينفرد عنه[2].

٥-وإمّا زيادةٌ مُتَّصِلَةٌ غير مُتَوَلِّدَةٍ من الأصل؛ كالصّبغة على الثّوب، ثم ظهر العيبُ، فله أرشه لا غيرُه؛ لأنّ هذا مُعاوضةٌ فلا يُجبَرُ البائعُ على قبولها؛ كسائر المعاوضات، وفارق السِّمَنَ والكَسْبَ؛ فإنّه لا يأخذ عن السِّمَنِ عِوضاً، والكسب للمشتري لا يَرُدُّهُ، ولا يُعاوَض عنه، ولأنّ هذا لا ينفصل عنه إلاّ بفسادٍ[3].

---

(١) انظر: المعونة ١٠٦٣/٢، والمهذّب ٨٦/٢، وروضة الطّالبين ٤٨٣/٣.

(٢) وقال الحنفية: الزّوائد كلّها تَمنع الرّدّ وتوجب أرش العيب، إلاّ الغلّة والكسب. انظر: مختصر القدوري ص ٨٢، وبدائع الصّنائع ٥٦٠/٤-٥٦٣، والهداية ٣٧/٣، والمعونة ١٠٦٠/٢، والمقدّمات ١٠٢/٢-١٠٣، و١١٥-١١٧، وبداية المجتهد ٣٤٩/٣، و٣٥١، وعقد الجواهر ٧١٥/٢، و٧١٦، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٨٨/٢، وروضة الطّالبين ٤٩٣/٣، و٥٠١، والمقنع ٣٠٨/١١، و٣٧٩، والمغني ٢٣٢/٦، والإنصاف ٣٧٩/١١-٣٨٣، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٧/٣-٢٠٨، والمحلى ٥٨٧/٧.

(٣) وبه قال الحنفية ومذهب المالكية والشّافعية وصحيح مذهب الحنابلة، وقال المالكية في قولٍ: هو مُخيَّرٌ بين الإمساك والرّجوع بقيمة العيب، وبين الرّد، وقال الشّافعية: =

٦-وإمّا زيادةٌ مُنْفَصِلَةٌ غير مُتَوَلِّدة من الأصل المبيع المعيب؛ كالكسب أو منافعه الحاصلة كالخدمة والأجرة، أو الهبة أو الوصيّة؛ فكلّ ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه، ويردّ الأصل فقط دونها؛ لأنّ السّلعة لو هلكت، هلكت من مال المشتري؛ لأنّها في ملكه، ومضمونٌ عليه، وهذا بلا خلاف بين أهل العلم[1]، وهو معنَى قوله ﷺ: «الْخَرَاجُ بالضّمان»[2]، يدلّ على أنّ مَنْ له الْخراج فعليه الضّمان؛ لكونه جعل

=

ليس له إلاّ ردُّهُ؛ لأنّه أمكنه رَدُّهُ، فلم يملك أخْذَ الأرش، كما لو سَمِنَ عبدُهُ، أو كسب، وروي عن الإمام أحمد أنّ له رَدَّه.

انظر: مختصر القدوري ص ٨٢، وبدائع الصّنائع ٤/٥٤٣، و٥٦١، والمقدّمات ٢/١٠٣، وبداية المجتهد ٣/٣٥١، ومختصر المزني ص ١٢٢، وروضة الطّالبين ٣/٤٩٣، والمقنع والشّرح الكبير١١/٣٠٨، و٣٨٠، و٤٠٦، والمغني ٦/٢٥٤، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٠٩، والمحلّى ٧/٥٨٧.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٨٢، والمعونة ٢/١٠٦٠، والمقدّمات ٢/١٠٣، و١١٤-١١٦، وبداية المجتهد٣/٣٤٩-٣٥١، والقوانين الفقهيةص١٧٦،والفواكه الدّواني ٢/٨٩، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٢/٨٨، وروضة الطّالبين ٣/٤٩٢، و٤٩٣، والمغني ٦/٢٢٦، و٢٢٧، و٢٣٤-٢٣٥، والشّرح الكبير ١١/٣٨٠-٣٨١، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٠٦، و٢٠٧، والمحلّى ٧/٥٨٧.

(٢) من لفظ حديث أبي داود في سننه ٣/٧٧٩-٧٨٠، كتاب البيوع والإجارات، باب فيمَن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، برقم: (٣٥٠٨-٣٥١٠)، والتّرمذي في سننه ٣/٥٨٢، كتاب البيوع، باب فيمَن يشتري العبدَ...، برقم: (١٢٨٥)، وابن ماجه في سننه ٢/٧٥٤، كتاب التّجارات، باب الخراج بالضّمان، برقم: (٢٢٤٣).

والحديث صحيحٌ، قال التّرمذيّ في سننه ٣/٥٨٢: «هذا حديثٌ حَسَنٌ صحيحٌ»، وقال الخطابي في معالم السّنن ٣/٧٧٩: «صحّحه التّرمذي وابن حبّان وابن الجارود والحاكم وابن القطان».

وحَسَّنَه الألباني في إرواء الغليل ٥/١٥٨، وصحيح ابن ماجه ٢/٢٢، برقم:

=

الضّمان علّةً لوجوب الْخراج له، فلو كان ضمانه على البائع لكـــان الخراجُ له؛ لوجود علّته[١].

قال في الجامع الصّحيح: «وتفسير الخراج بالضّمان هـــو: الرّجـــلُ يشتري العبدَ فيستغلّه ثم يجد به عَيباً؛ فيردّه على البائع؛ فالغلّة للمشتري؛ لأنّ العبد لو هلك، هلك مِنْ مال المشتري، ونحو هذا مِنَ المسائل يكون فيه الخراجُ بالضّمان»[٢].

ويُستَثْنَى ما يَحرُم التّفريق بينه وبين أصله؛ كذوي الرّحم، فلا يفرِّق بين الجارية وولدها، فهو إذَن، مُخَيَّرٌ بين ردّ الجارية المعيبة وولـــدها، أو إمساكها وولدها[٣]؛ لعموم قوله ﷺ: «مَنْ فَرَّقَ بين والدةٍ وولدها، فَرَّقَ الله بينه وبين أَحِبَّته يوم القيامة»[٤].

=

(٢٢٣٤/١٨٢٢).

وانظر: التّعليق المغنِي على الدّارقطني ٤/٥.

(١) انظر: عقد الجواهر ٢/٧٠٤، و٧١٢، والمغنِي ٦/٢٣٤-٢٣٥.

(٢) سنن التّرمذيّ ٣/٥٨٢-٥٨٣.

(٣) به قال الحنفية والمالكية وعليه مذهب الحنابلة، وذهب الشّافعية إلى أنّه يردّ الأصل دونه مطلقاً، وهو الذي نسبه ابن قدامة إلى مذهب الحنابلة في المغنِي ٦/٢٢٧، وفي مواضع أخرى أيّد الصّحيح.

انظر: الهداية ٣/٥٤، والمدوّنة ٣/٣٢٨، والمعونـــة ٢/١٠٦٠، وبدايـــة المجتهـــد ٣/٣٥١، وعقد الجواهر ٢/٦٧٣، و٧٠١، و٧١٦،ومختصـــر المزنـــي ص١٢٢، والمهذّب ٢/٨٨، والمغنِي٦/٢٢٧، و٢٣١-٢٣٢، و٢٤٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١/٣٧٩-٣٨١، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٠٨.

(٤) أخرجه التّرمذي في سننه ٣/٥٨٠، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفـــرق بين الأخوين، أو بين الوالدة وولدها في البيع، بـــرقم: (١٢٨٣)، وقـــال: «هـــذا حديثٌ حسنٌ غريبٌ».

=

وقوله ﷺ لعَليٍّ ﷺ: «رُدَّهُ، رُدَّهُ»[1]، ولحديث أبي موسى ﷺ أنّ رسول الله ﷺ لَعَنَ مَنْ فَرَّقَ بين الوالدة وولدها، وبين الأخ وبين أخيه[2]، ولأنّ الإجماع منعقدٌ على ذلك[3].

=

وقال الشّوكاني في السّيل الجرار ٨٢/٣: «أقول لحديث أبي أيوب عند أحمد والتّرمذيّ وحَسّنَهُ، والدّارقطنيّ، والحاكم وصَحّحَهُ، قال سَمِعْتُ النّبيّ ﷺ يقول: مَنْ فَرَّقَ بين وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ الله بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِه يوم القيامة»، وانظر: نصب الرّاية ٢٥/٤، والدّراية ١٥٣/٢. وصَحّحه الألباني في الجامع الصّغير (١١٣٥٨)، وصحيح التّرغيب (١٧٩٦).

(١) أخرجه التّرمذيّ في الموضع السّابق برقم: (١٢٨٤)، وابن ماجه في سننه ٧٥٦/٢، كتاب التّجارات، باب النّهي عن التّفريق بين السّبْي، برقم: (٢٢٤٩).
قال التّرمذيُ: «هذا حديثٌ حسنٌ غريبٌ، وقد كره بعض أهل العلم من أصحاب النّبيّ ﷺ وغيرهم التّفريق بين السّبْي في البيع، ورَخّصَ بعضُ أهل العلم في التّفريق بين الْمُوَلّدات الذين وُلِدُوا في أرض الإسلام، والقولُ الأوّلُ أصحُّ»، وانظر: عارضة الأحوذي ٢٨٣/٥-٢٨٥.
قال الشّوكاني في السيل الجرار ٨٣/٣: «وقد أَعَلَّهُ أبو داود بالانقطاع، ولكنّه أخرجه الحاكم وصَحّحَ إسناده، ورَجّحَهُ البيهقي لشواهده».
وضعّفه الألباني في: ضعيف التّرمذيّ (٢١٩)، وضعيف ابن ماجة: (٢٢٤٠)، ومشكاة المصابيح (٣٣٦٢).
وقال في ضعيف الترمذي ١٥٠/١: «لكن ثبت مختصراً بلفظ آخر في صحيح سنن أبي داود (٢٤١٥)، عندنا برقم: (٢٣٤٥/٢٦٩٦)، ونصّه: أنّه فَرَّقَ بَيْن جارية وولدها؛ فَنَهَاهُ النّبيُّ ﷺ عن ذلك وَرَدَّ البيع»، وقال في ضعيف ابن ماجة ١٧٤/١: وثبت بلفظ آخر صحيح عند أبي داود ٢٤١٥.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الموضع السّابق، برقم: (٢٢٥٠).
والحديث قال فيه الشّوكاني في السّيل الجرار ٨٢/٢: إسناده لا بأس به.
وضعّفه الألباني في ضعيف سنن ابن ماجه ١٧٤/١، برقم: (٢٢٤١/٤٩٣)، والمشكاة، برقم: (٣٣٧٢)، والجامع الصّغير وزياداته ص ١٠١٧، وضعيف التّرغيب والتّرهيب برقم: (١١٢٠).

(٣) انظر: إجماع ابن المنذر ف (٤٨٦) ص ٥٣.

=

٧-وإمّا زيادةٌ مُنْفَصِلةٌ مُتَولِّدةٌ من الأصل المبيع المعيب؛ كالولد والثّمرة واللّبن؛ فهي للمشتري أيضاً، ويردّ الأصل فقط دونها كسابقتها، إلاّ ما لا يجوز التّفريق بينه وبين أصله كما سبق(١).

٨-ولو استغلّ المبيع المعيب أو استخدمه أو منافعه ثم علم بالعيب لَم يمنع ذلك الرّدّ بغير خلاف، فله ردّه إو إمساكه، ولا يردّ معه شيئاً؛ لأنّه تَصَرَّف في مال نفسه، كما لو ركب السّيارة، أو وطأ الجارية المتزوّجة، أو لبس الثّوب، وأمّا لو وطئ الجارية البكر؛ فإنّه إن اختار ردّها لزمه أن يردّ معها نقص المبيع؛ لأنّه عيبٌ حدث عنده لا لاستعلام؛ فأثبت الخيار؛ كالعيب الحادث عند البائع قَبْلَ القبض(٢).

٩-كلّ مبيعٍ كان مَعيباً ثم حدث به عند المشتري عيبٌ آخر قَبْلَ علمه بالأوّل، لا يمنع خيار الرّدّ بالعيب، فيكون له ردّه ويردّ معه أرش العيب الحادث عنده؛ لأنّه مضمونٌ عليه، ويأخذ الثّمن، وإن شاء أمسكه وله الأرش، عملاً بحديث المصراة؛ فإنّ النّبيّ ﷺ أمر بردّها

=

قال الشّوكاني بعد ذكره للأحاديث الواردة في ذلك في السّيل الجرار ٨٣/٣: «وهذه الأحاديث تدلّ على تحريم التّفريق بين الوالدة وولدها، وبين الوالد وولده، وبين الأخوين، وقد قيل: إنّه مُجْمَعٌ على تَحريم التّفريق بين الوالدة وولدها»، وانظر: سبل السّلام ٢٤/٣، ونيل الأوطار ٢٦١/٥.

(١) انظر: المراجع السّابقة في الفرع السّادس.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٨٢، والهداية ٣٧/٣، والمدوّنة ٣٢٢/٣، وبداية المجتهد ٣٥٠/٣-٣٥١، وعقد الجواهر ٧١٣/٢، و٧١٦، والقوانين الفقهية ص ١٧٦، والفواكه الدّواني ٨٩/٢، ومختصر المزني ص١٢٢، والمهذّب ٨٤/٢-٨٥، و٨٩، وروضة الطّالبين ٤٩٢/٣، والمقنع ٣٨٦/١١، و٣٩٤، والمغني ٢٢٨/٦، و٢٣٠، و٢٤٨-٢٤٩، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٧/٣، و٢٠٨، والمحلّى ٥٨٤/٧.

بعد حلبها، وردّ عوض لبنها، وإن زال العيبُ الحادثُ عند المشتري ردّه ولا أرش معه[١].

١٠-إذا تَعَيَّب المبيع في يد البائع بعد العقد؛ فإن كان المبيع من ضمانه؛ فحكمه حكم العيب القديم، وإن كان من ضمان المشتري؛ فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض؛ فهو من ضمان المشتري، إلاّ على القول بالعُهْدَة[٢].

١١-إذا زال مِلْكُ المشتري عن المبيع المعيب بعتقٍ أو وقفٍ أو موتٍ أو قتلٍ أو تعذّر الرّدّ لاستيلادٍ ونحوه قبل علمه بالعيب، فله الأرش، وهذا

---

(١) وبه المالكية، وهو روايةٌ عند الحنابلة.
وذهب الجمهور: الحنفية والشّافعية والحنابلة في المذهب إلى أنّه ليس له الرّدّ، وله أرش العيب القديم؛ لأنّ الرّدّ يَثبت لإزالة الضّرر، وفي الرّدّ على البائع إضرارٌ به، ولا يزال الضّرر بالضّرر.
يجاب عنه بأنّه لا ضرر في ذلك، خصوصاً أنّه يردّ معه أرش العيب الجديد، وأيضاً بأنّ هذا القول يعارض حديث المصراة، فيكون فاسد الاعتبار.
ولأنّه عيبٌ حدث عند المشتري؛ فكان له الخيارُ بين ردّ المبيع وأرشه، وبين أخذ أرش العيب القديم، كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع.
ولأنّ العيبين قد استويا، والبائع قد دلّس به، والمشتري لم يُدلّس؛ فكان رعاية جانبه أولَى.
ولأنّ الرّدّ كان جائزاً قبل حدوث العيب الثّاني؛ فلا يزول إلاّ بدليلٍ، وليس في المسألة إجماعٌ ولا نصٌّ، والقياس إنّما يكون على أصلٍ، وليس لِمَا ذكروه أصلٌ،فيبقى الجواز بحاله.والله تعالى أعلم بالصّواب.
انظر: مختصر القدوري ص ٨٢، والهداية ٣/٣٧، وبداية المجتهد ٣/٣٥٠، وعقد الجواهر ٢/٧١٣، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمهذّب ٢/٨٤-٨٥، والمغني ٦/٢٣٠-٢٣٢، و٢٣٤، و٢٣٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٠٦.

(٢) وهو مذهب المالكية، وقد تقدّم. وانظر: مختصر القدوري ص ٨٢، وبدائع الصّنائع ٤/٥٤١، والهداية ٣/٣٧، وبداية المجتهد ٣/٣٤٠، وعقد الجواهر ٢/٧٠٤، والمغني ٦/٢٣٣-٢٣٤، ومعالم السّنن ٣/٧٧٦، وتعليق محمّد فؤاد عبد الباقي على سنن ابن ماجة ٢/٧٥٤.

قول المذاهب الأربعة في الجملة؛ لأنّه عيبٌ لَم يرضَ به، ولَم يستدرك ظُلامَتَهُ فيه، فكان له الأرش كما لو أعتقه[1]، وإن فعل شيئاً من ذلك بعد علمه فلا شيءَ له، وقياس مذهب الحنابلة أنَّ له الأرش[2].

١٢-إذا اشترى شيئاً، مأكولُهُ في جوفه، فَكَسَّرَهُ، فوجده فاسداً نُظِـرَ؛ فإن لَم يكن لِمَكسوره قيمةٌ؛ كبيض الدّجاج، رجع بالثّمن على البائع؛ لأنّه ليس بمالٍ؛ فكان البيع باطلاً؛ لأنّ ما لا قيمة له لا يصحّ بيعُهُ؛ فيجب ردّ الثَّمن، وإن كان لِمكسوره قيمة؛ كجوز الهند، فهو مُخَيَّرٌ بين الرّدّ وأَخْذ الثّمن، وعليه أرشُ الكسر، وبين الإمساك وأَخْذِ الأرش[3]، وهو ما بين صحيحه ومعيبه؛ لأنّ عقد البيع اقتضى السّلامة من أيّ عيبٍ لَم يطّلع عليه المشتري، فإذا باع معيباً ثبت له

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٨١، والقوانين الفقهية ص ١٧٥-١٧٧، ومختصر المزني ص ١٢٢، والمغني ٦/٢٤٧-٢٤٨.

(٢) انظر: المغني ٦/٢٤٨، و٢٤٩.

(٣) هذا مذهب الشّافعية والحنابلة والظّاهرية.

وقال الحنفية: ليس له رَدُّهُ؛ لأنّ الكسر عيبٌ حادثٌ، وإنّما له عليه الإمساك ويرجع بنقصان العيب؛ دفعاً للضّرر بقدر الإمكان.

وذهب المالكية وروايةٌ عند الحنابلة إلى أنّه ليس له الرّجوع على البائع بشيء؛ لأنّه ليس من البائع تدليسٌ، ولا تفريطٌ؛ لعدم معرفته بعينه، وكونه لا يُمكنه الوقوفُ عليه إلاّ بكسره؛ إذ هو والمشتري سواء في ذلك، فجرى مجرى البراءة من العيوب.

يُجاب عن قياسهم بأنّه مَحلّ الخلاف فلا يصحّ القياس عليه.

انظر: الهداية٣/٣٥، والمدوّنة ٣/٣٥٧، والمعونة ٢/١٠٥٦، وعقد الجواهر ٢/٧٠٣، والفواكه الدّواني ٢/٨٩، ومختصر المزني ١٢٢، والمهذّب٢/٩٠، وروضة الطّالبين ٣/٤٨٦،ومختصر الخرقي والمغني٦/٢٥٢-٢٥٤، والمقنع والشّرح الكبير ١١/٤٠٨-٤١٢، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٠٥، و٢١٠، والمحلّى ٧/٤٦٠.

الخيارُ، ولأنّ البائع إنّما يستحقّ ثَمنَ المعيب دون الصّحيح؛ لأنّه لَم يملكه صحيحاً، فلا معنًى لإيجاب الثّمن كلّه.

١٣- أنّ الغناء ليس بعيب؛ لأنّه ليس بنقصٍ في عين المبيع، ولا في قيمته، فلم يكن عيباً كالصناعة، ولا يُسَلَّم أنّه مُحَرَّمٌ مطلقاً؛ فقد أبيح في بعض مناسبات؛ كالعيد والزّفاف[1].

١٤- الكفر في الرّقيق المبيع ليس بعيب؛ لأنّ العبيد يكون فيهم المسلمُ والكافرُ، والأصل فيهم الكفر؛ فالإطلاق لا يقتضي خلاف ذلك[2].

١٥- كلّ عيبٍ يوجب الرّدّ على البائع، يَمنع الرّدّ إذا حدث عند المشتري، إلاّ ما كان لاستعلام العيب القديم، وكلّ عيبٍ لا يوجبه لا يمنع الرّدّ[3].

١٦- هذه القاعدة مَجَالٌ من مجالات إعمال الأعراف والعوائد، فكلّ عيبٍ مُؤَثِّرٍ في انخفاض القيمة والثّمن ونقصانهما في عقود المعاوضات عند أهل كلّ اختصاصٍ فهو عيبٌ مُعتَبَرٌ شرعاً تُرَتَّبُ عليه أحكام خيار الرّدّ، ولا يُتَقَيَّد بما سطّر في كتب الفقهاء من الأمثلة ممّا يتغيّر بتغيّر الزّمان والمكان لتغيّر الأعراف والعوائد، فعلى القضاة وأهل الإفتاء

---

(١) نسب ابن قدامة إلى الإمام مالك في الجارية الْمغنِّية، أنّ ذلك عيبٌ فيها؛ لأنّ الغناء مُحرَّمٌ، ولَم أجده في كتب المالكيّة. انظر: جامع الأمّهات ص ٣٥٨، ومختصر خليل ص ١٨٢-١٨٣، والمهذّب ٩٣/٢، و٦٨٨/٣، والمغني ٢٣٧/٦-٢٣٨، و١٥٧/١٤-١٦٠.

(٢) خلافاً للحنفية قالوا: هو عيبٌ في الرّقيق؛ لأنّه يمنع صرفه في بعض الكفّارات، فتختلّ الرّغبة.
انظر: بدائع الصّنائع ٥٤٥/٤، والهداية ٣٦/٣، والمغني ٢٣٨/٦.

(٣) انظر: أشيبا السّيوطي ص ٧٠٤.

مراعاة ذلك؛ فكلّ ما يُعَدُّ في العرف والعادة نقصاً في عين المبيع وقيمته فهو عيبٌ وإلاّ فلا[1]، والله وليّ التّوفيق، وهو أعلم بالصّواب.

(١) انظر: المدوّنة ٣/٣٣٩، والمهذّب ٢/٤٢١، والمغني ٦/٢٣٥-٢٣٨، وقواعد السّعدي ص ٣٥-٣٨، ونيل الأرب ص ٥٧٦، وشرح منظومة القواعد للعويد ص ١٤٤، وشرح المنظومة السّعدية ص ٨٨.

المبحث الثّالث:القاعدة الخمسون [٥٠]

[العدل في المعاملات إنّما هو مقاربة التّساوي]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل بيوع الرّبا، في فصل معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التّفاضلُ ولا النَّسَاءُ، بعد ذكره أثر سعيد بن المسيّب مُرَجِّحاً القولَ بأنّ عِلّة الرِّبا في الأصناف السّتة المنصوص عليها هي: التّقدير بالكيل والوزن إذا اتّحد الجنس مع اعتبار الطّعم؛ حيث قال: «هذا نصٌّ لو صحّت الأحاديث[1]، ولكن إذا تُؤمِلَ الأمر من طريق المعنَى ظهر والله أعلم أنّ علّتهم أولَى العلل، وذلك أنّه يظهر مِنَ الشّرع أنّ المقصود بِتَحريم الرّبا إنّما هو لِمكان الغبن الكثير الذي فيه، وأنّ **العدل في المعاملات إنّما هو مقاربة التّساوي**، ولذلك لَمَّا عسر إدراك التّساوي في الأشياء المختلفة الذّوات جعل الدِّينار والدّرهم لتقويْمها، أعنِي: تقديرها، ولَمّا كانت الأشياء المختلفة الذّوات، أعنِي: غير الموزونة والمكيلة، العدل فيها إنّما هو في وجود النّسبة، أعنِي: أن تكون نسبة قيمة أحد الشّيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشّيء الآخر إلى جنسه»[2]، والتّقديرُ ظَنٌّ وتَخمِينٌ.

توثيقها:

ورد مفاد هذه القاعدة في كتب أهل العلم منها:

---

(١) يشير إلى أثر سعيد بن المسيب الذي سبق ذكره في القاعدة [٤٦]، من أدلّة المذهب الأوّل، المسألة الأولى، وتقدّم أنّ الصّحيح إرساله، وأنّ حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في الصّحيحين يدلّ عليه.

(٢) بداية المجتهد ٢٥٣/٣.

ما جاء في بدائع الصّنائع: «البيع لغةً وشرعاً؛ مبادلةُ المالِ بالمـــالِ، وهذا يقتضي التّساوي في البدلين على وجهٍ لا يخلو كلّ جزءٍ من البـــدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب؛ لأنّ هذا هو حقيقة المبادلة...

والقفيز من الحنطة مثل القفيز من الحنطة صورةً ومعنًى، وكـــذلك الدِّينار مع الدِّينار.

أمّا الصّورة؛ فلأنّهما مُتَماثلان في القدر، وأمّا المعنَى؛ فإنّ المجانسة في الأموال عبارةٌ عن تقارب المالية؛ فكان القفيز مثلاً للقفيز، والدِّينار مِـــثلاً للدِّينار»[1].

ما جاء في المنتقى: «فأمّا الوزن فلا يجوز فيه إلاّ التّساوي، ولا تجوز فيه زيادةٌ على وجهٍ معروف، ولا بِمُسامحة، ولا يجـــوز أن يكـــون مـــع أحدهما زيادةٌ مِنْ جِنسه، ولا من غير جِنسه؛ لأنّ العوض الآخر يُقَسَّـــط على الذّهب والزّيادة التي معها؛ فيُؤَدِّي إلى التّفاضل في الذّهب»[2].

ما جاء في المهذّب: «المماثلة لا تكون إلاّ بالكيل، أو الـــوزن»[3]، يعني: أنّ الأشياء المختلفة الذّوات لا ينضبط التّساوي والتّماثل فيهـــا إلاّ بالكيل أو الوزن.

ما جاء في روضة الطّالبين: «معيار الشّرع الذي تُرعَى الْمُمَاثلةُ بـــه هو: الكيل والوزن، فالمكيل لا يجوز بيع بعضه ببعض وزناً، ولا يضرّ مع

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٤٠٢-٤٠٣، وانظر: ٤٠٧.
(٢) المنتقى ٦/٢٠٣، وانظر: الشّرح الكبير والإنصاف ١٢/٨٠-٨١، وشرح منتـــهى الإرادات ٣/٢٥٧.
(٣) المهذّب للشّيرازي ٢/٤٨، و٥٤.

الاستواء في الكيل التّفاوت وزناً، والموزون لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلاً، ولا يضرّ مع الاستواء في الوزن التّفاوت كيلاً»[١].

وفيه: إذا عرفنا التّساوي بالتّعديل في كِفَّتَي الْمِيزان، نكتفي به، وإن لم نعرف قدر ما في كلّ كفّة، والأصحّ في الكيل بالقصعة ونحوها ممّا لا يُعتاد الكيل به الجواز، وقد يتأتّى بالماء وزنٌ؛ بأن يُوضَع الشّيء في ظرف، ويُلْقَى في الماء، ويُنظَرُ قدرُ غوصه، ولكنّه ليس وزناً شرعيّاً، ولا عرفيّاً؛ فلا يجوز التّعويل عليه في الرّبويّات؛ لأنّ الجهل بالتّساوي فيها كتحقّق التّفاضل، ويجوز التّعويل عليه في أداء الْمُسْلَم فيه، وفي الزّكاة في مسألة الإناء بعضه ذهبٌ وبعضه فضّةٌ، لأنّ مقاربة التّساوي كافيةٌ في مثله[٢].

ما جاء في المغني: «لا خلاف بين أهل العلم في وجوب الْمُمَاثلة في بيع الأموال التي يَحرُم التَّفَاضلُ فيها، وأنّ الْمُساواة الْمَرعيَّة هي الْمُساواةُ في المكيل كيلاً، وفي الموزون وزناً، ومَتَى تَحقّقت هذه الْمُساواةُ لَم يَضُرَّ اختلافهما فيما سواها، وإنْ لم يُوجَد لم يَصِحَّ البيع، وإن تساويا في غيرها»[٣]، مفاد كلامه أنّ ما لا يَحرم فيه التّفاضل فإنّ التّساوي فيه على ما تراضى عليه العاقدون، ويكون العدل المراعَى فيه مقاربة التّساوي.

ما جاء في القواعد النّورانية: «المعتبر في معرفة المعقود عليه هو: التّقريب، وإلاّ فيعجز الإنسانُ عن وجود حيوانٍ مثل ذلك الحيوان...»[٤].

---

(١) روضة الطّالبين للنّووي ٣/٣٨٢.
(٢) انظر: روضة الطّالبين للنّووي ٣/٣٨٣، وانظر: شرح منتهى الإرادات ٣/١٥١-١٥٢.
(٣) المغني لِمُوفّق الدِّين ابن قدامة ٦/٦٩، وانظر: الشّرح الكبير ١٢/٢٢-٢٣.
(٤) القواعد النّوارنية لابن تيمية ص ١٩٤.

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: «الصّفقة إذا اشتملت على شيئين مُختَلفي القيمة، قُسِّطَ الثّمن على قِيمتَيهما، فهو من باب التّوزيع على الْجُمَلِ»[١]، وهذا إمّا بتحقُّق التّساوي، أو بتقريبه وتقويمه، والتّقويم ظَنٌّ وتَخمينٌ.

شرح مفردات القاعدة:

العَدْلُ: لغة: مِن: عَدَلْتَ بهذا عَدْلاً حسناً، وهو الْمِثْلُ.

وقَد قيل: العَدْلُ: يُسْتَعَملُ فيما يُدْرَكُ بالبصيرة؛ كالأحكام، ومِثْلُ الشّيء من غير جِنْسه، ومنه قوله -تعالى-: ﴿أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا﴾[٢].

والعِدْلُ يُسْتَعمل في مِثْلِ الشَّيء من جنْسه، وقيل العكس[٣].

والمراد به في القاعدة: الْمُمَاثلةُ والْمُسَاوَاةُ[٤].

المعاملات: من عَامَلَ يُعامِل مُعَامَلَةً، والمعاملة في مصطلح أهل الرّأي هي المساقاة[٥] في لغة الحجاز[٦].

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٢٥٧/٣، وانظر: المنتقى ٢٠٣/٦، والشّرح الكبير والإنصاف ٨٠/١٢-٨١.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٣) انظر: المفردات ص ٣٢٩، وطلبة الطّلبة ص ١١٧، و١٩٨، وأساس البلاغة ص ٤١١، والنّهاية ١٩١/٣، ومختار الصّحاح ص ٤١٧، والمصباح المنير ص ١٥٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٧٦.

(٤) انظر: القواعد النّورانية ص ١٩٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٧٦، و٣٩٤

(٥) الْمُساقاة: هي دفع الرّجل شجرةً لِمَن يخدمها، وتكون غلتها بينهما.
وبعبارة أخرى: هي دفع شجرٍ مغروسٍ معلومٍ، له ثَمَرٌ مأكولٌ، لِمَنْ يَعمل عليه، بجُزْءٍ مُشاعٍ معلومٍ من ثَمَرِه.
انظر: الاستذكار ٤٥/٦، والقوانين الفقهية ص ١٨٤، وحدود ابن عرفة ٥٠٨/٢، وروضة الطّالبين ١٥٠/٥، والمغني ٥٢٧/٧، ومنتهى الإرادات ٣٣٦/١.

(٦) انظر: المصباح المنير ص ١٦٣.

والمعاملات تُطلق في الاصطلاح الفقهي على عدّة معانٍ، تقدّم بيانه عند توطئةٍ للفصل الثّاني من الباب الثّالث.

التّسَاوِي: من سُوًى،أو سِوًى،أو سَوَاء،أي:عَدْلٌ ووسطٌ بين الشّيئين[1].

ومنه: المساواة، وهي المعادلة المعتبرة بالذّرع والوزن والكيل، يقال: هذا ثوبٌ مساوٍ لذاك الثّوب، وهذا الدّرهم مساوٍ لذاك الدّرهم، وقد يُعتَدُّ بالكيفيّة، مثل: هذا السّوادُ مُسَاوٍ لذلك السّواد، وتسويةُ الشّيء: جعله سواءً إمّا في الرِّفعة أو في الضّعة[2].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

تقدّم في حينه[3] أنّ المعاملات هي مصطلحٌ يُطْلَقُ على التّعامل الواقع بين النّاس بعضهم بعضاً في الأموال، ويشمل عقودَ المعاوضات: البياعات، والشّركات، والمضاربات، والسَّلَمَ والإجارات، والقرض والمداينات، والرّهن والضّمان[4]، وهذه المعاملات قامت على العدل والتّعادل، والمساواة والتّساوي، والمماثلة والتّماثل؛ لأنّها عقودُ مبادلةٍ على طريق المقابلة والمساواة في البدلين على وجه لا يخلو كلّ جزءٍ من البدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب؛ لأنّ هذا هو حقيقةُ المبادلة[5]، وتحقيق

---

(١) انظر:أساس البلاغة ص٣١٥، والنّهاية٢/٤٢٧، ومختار الصّحاح ص٣٢٣، والمصباح المنير ص١١٣.

(٢) انظر: المفردات ص ٢٥١-٢٥٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٩٤.

(٣) انظر: مدخل وتوطئة الفصل الثّاني، من الباب الثالث.

(٤) انظر: المدخل لدراسة الشّرعية الإسلامية ص ٣٠-٣٣، والمدخل إلى فقه المعاملات ص ١٠-١٣.

(٥) انظر:بدائع الصّنائع٤/٤٠٢، و٤٠٧، و٤١٧، والمنتقى٦/٢٠٣،والمهذّب٢/٥٥.

العدل في التّساوي والتّماثل يَختلف باختلاف المعقود عليه؛ فَمنها ما يمكن وينضبط التّساوي فيه وهو الموزون، وقريبٌ منه المكيل؛ لأنّ الوزن يؤمَن فيه من الزيادة بخلاف الكيل، ولأجل ذلك جُعِلَ المعيارُ الشّرعِيُّ في باب الرّبا الكيل والوزن؛ لانضباطهما، وتحقّق التّساوي والتّماثل فيهما[1].

والأشياء المتعاقد عليها أنواع من حيث إمكانية التّعادل والتّساوي والتّماثل إلى:

النّوع الأوّل: الأشياء المختلفة الذّوات، وهي غير الموزونة ولا المكيلة، فهذه يعسر إدراك التّساوي فيها على وجه الدّقّة؛ لذا جُعِلَ الدِّينار والدّرهم لِتقويمها وتقديرها؛ لأنّ المقصود منهما تقدير الأشياء المختلفة الذّوات، والتي لها منافعُ ضروريّةٌ، والعدل في هذا النّوع إنّما هو في وجود النّسبة؛ بحيث تكون نسبة قيمة أحد الشّيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشّيء الآخر إلى جنسه، ولأنّ دلالة الوصف عبارةٌ عمّا تقدّر به ماليّة الأعيان، وماليّة الأعيان تقدّر بالدّراهم والدّنانير[2].

مثال ذلك: أنّ العدل إذا باع إنسانٌ فرساً بثياب، هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثّوب إلى الثّياب؛ فإن كان ذلك الفرسُ قيمتُهُ خمسون ريالاً؛ فيجب أن تكون تلك الثّياب

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٢، و٤٠٧، والهداية ٣/٧٣، والمنتقى ٦/١٧٨، وعقدالجواهر٢/٦٥٩، والقوانين الفقهية ص ١٦٨، والمغني ٦/٥٥-٥٧، والشّرح الكبير ١٢/٢٢-٢٣، و٥٥، و٢٢٣، والقواعد النّورانية ص ١٩٤، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٣-٤٠٤، و٤١٩، و٤٨٨، والمغني ٦/٦٩-٧٠، و٢٠٨-٢٠٩، والقواعد النّوارنية ص ١٩٤.

قيمَتُها خمسون ريالاً، فليكن مَثَلاً الذي يُساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثواب، فإذا اختلفَت هذه المبيعاتُ بعضها ببعضٍ فالعدالة الواجبة في مثل هذه المعاملة هي مقاربةُ التّساوي والمثل، أعني: أن يكون عديل فرس عشرة أثواب في المثل؛ إذ يعسر إدراك حقيقة التّماثل والتّساوي فيه.

النّوع الثّاني: الأشياء المكيلة والموزونة، وهذه يُمكن إدراك التّساوي والتّماثل فيها على وجه الدّقة من غير مشقّة؛ لأنّها ليست تَختلف كلّ الاختلاف، وكانت مَنَافعُها متقاربةً، ولَم تكن حاجةً ضرورةً لِمَنْ كان عنده منها صنفٌ أن يستبدله بذلك الصّنف بعينه، إلاّ على جهة السّرف؛ كان العدل في هذا إنّما هو وجود التّساوي في الكيل أو الوزن إذا كانت لا تتفاوت في المنافع، لا مقاربته(١).

النّوع الثّالث: العدديّات، أعني: الأشياء المعدودة؛ فإنّها أيضاً يُمكن إدراك التّساوي والتّماثل فيها على وجه الدّقة من غير مشقّة؛ فيكون العدل فيها أيضاً تحقيق التّماثل والتّساوي في مقابلة عددٍ لمثله، لا مقاربته(٢).

النّوع الرّابع: ما يكون العدلُ في التّساوي والتّماثل فيه في النّوع والصّفة، فهذا يجب في مثل الضّمانات، والكفّارات، والرِّبويّات، ومن هذا

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠١-٤٠٥، والهداية ٣/٦١، و٧١، والمنتقى ٦/٢٠٣، و٢٣٥، وعقد الجواهر ٢/٦٢٤، والمهذّب ٢/٤٨، و٥٤، والمجموع ٩/٣٠٤، وروضة الطّالبين ٣/٣٨٢، والمغني ٦/٥٥-٥٧، و٦٩-٧٠، والشّرح الكبير ١٢/٢٢-٢٣، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٦-٢٤٨، و٢٥١-٢٥٢، و٢٥٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٤، والهداية ٣/٧١، والمنتقى ٦/١٧٨، و٢٠٣، وعقد الجواهر ٢/٧٥٥، و٦٢٤.

النّوع قول الله -تعالى-: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ هَدۡيَۢا بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ أَوۡ كَفَّٰرَةٞ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوۡ عَدۡلُ ذَٰلِكَ صِيَامٗا ﴾[1].

أمّا أبواب الرِّبا؛ فإنّ مقاربة التّساوي والتّماثل لا يكفي فيها، بل لا بدّ من التّماثل والتّساوي في النّوع والصّفة؛ لأنّ ذلك شرطٌ لِجواز بيع الأموال الرِّبوية بعضها من بعضٍ إذا اتّحد الجنس؛ فلا يجوز بيع دينارٍ بدِينارين، ولا درهمٍ بدرهمين، ولا صاعٍ من شعيرٍ بصاعين من شعيرٍ، لا مُتَفاضِلاً، ولا نَسيئةً.

ولأجل ذلك اتّفق الفقهاء على أنّ المعتبر في باب الرّبويّات بالنِّسبة للأصناف الأربعة غير النّقدين هو التّساوي في المعيار الشّرعِيّ؛ فإنّه مُخَلِّصٌ من الحرمة؛ لأنّ الأصل فيها الحرمة، وإنّما الجواز بعارض التّساوي في المعيار الشّرعِيّ[2].

واتّفقوا -أيضاً- في باب الرِّبَويّات أنّ الجودة ساقطةٌ عند المقابلة بِجنسها، وأنّه لا قيمةَ لها شرعاً؛ لعموم قوله ﷺ لَمّا قالوا له: كنّا نشتري الصّاعَ بالصّاعين مِنَ الْجمع[3]: «لا تَفْعَلوا، ولَكِنْ مِثْلاً بِمِثْلٍ، أو بِيعُوا

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠١/٤، و٤٠٧، و٤٠٧، و٤١٩، و٤٨٨، والمنتقى ٢٠٣/٦، و٢٣٥، وعقد الجواهر ٦٢٤/٢، والمهذّب ٤٨/٢، و٥٤، والمجموع ٣٠٤/٩، وروضة الطّالبين ٣٨٢/٣، والشّرح الكبير ٥٣/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٦/٣، و٢٤٧.

(٣) الْجَمْع: تَمرٌ ردِيءٌ، وفسِّر في روايةٍ أخرى بالخلط من التّمر، أي: مجموعٌ من أنواعٍ مختلفةٍ.

=

هذا، واشْتَرُوا بِثَمَنِه مِنْ هذا»[1]، دلّ على أنّ المؤثّر في باب الرّبويّات التّساوي والتّماثل[2].

فلا بدّ من التّساوي في الكيل والنّوع والصّفة، ولو حصل التّساوِي في الكيل دون النّوع والصّفة لا يجوز في باب الرِّباويّات إذا اتّحد الجنس.

مثال ذلك: يجوز بيع الحنطة بالحنطة، والنّحسية بالنّحسية، والجيّدة بالجيّدة، والرّديئة بالرّديئة، والجديدة بالجديدة، والعتيقة بالعتيقة.

ولا يجوز بيع حنطة مقليةٍ بغير مقلية، ولا مطبوخة بغير مطبوخة، ولا بيع تَمرٍ مطبوخٍ بغير مطبوخٍ متفاضلاً في الكيل أو متساوياً؛ لأنّ المقلية ينضم بعض أجزائها إلى بعضٍ يعرف ذلك بالتّجربة؛ فيتحقّق الفضل من حيث القدر في الكيل فيتحقّق الرّبا، وكذا المطبوخ؛ لأنّه ينتفخ بالطّبخ فكان غير المطبوخة أكثر قدراً عند العقد فيتحقّق الفضل[3].

حتّى لو جُهِلَ التساوي والتّماثلُ حَرُمَ البيعُ؛ لأنّه يدخل في باب الرِّبا، ومن هنا قعّد الفقهاء قاعدة: (الجهلُ بالتّساوي في باب الرِّبا؛

=

انظر: المنتقى ١٧٤/٦، والمهذّب ٥٥/٢، وشرح مسلم ٢٣/١١.

(١) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله، تقدّم تخريجه في القاعدة [٤٦]، الدّليل الثّاني، من أدلّة المذهب الثّاني أنّ العلّة: الكيل مع الجنس.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤١٠/٤، والاستذكار ٣٣٥/٥، والمنتقى ٢٠٣/٦، والقوانين الفقهية ص ١٦٦-١٦٨، والمغني ٦٠/٦، والشّرح الكبير والإنصاف ٨٤/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٧/٣.

(٣) انظر: معالم السّنن ٦٥٥/٣، وبدائع الصّنائع ٤٠٨/٤، والهداية ٦٢/٣، والتّمهيد ٨٤/١٢-٩٠، والمنتقى ٢٠٣/٦، والمهذّب ٥٥/٢، و٦٠، والمقنع ٤٤/١٢، و٥٣، وشرح منتهى الإرادات ٢٥١/٣.

كالعلم بالتّفاضل)؛ لأنّ كليهما: يقين التّفاضل، والجهل بالتّساوي، يُبْطِل العقدَ في باب الرِّبا، ويفضي إلى التّحريم ومنع صحّة العقد، ولا يجوز التّحرِّي في هذا؛ لما جرت العادةُ من قلّة التّسامح بيسيره[١]، وذلك لقوله صلّى الله عليه وسلّم: ((أَيَنْقُصُ إِذَا يَبِسَ؟))، فقالوا: نَعم؛ فنهاهم عن ذلك[٢]، ففيه تأثير المآل ومراعاته في ذلك، وذلك تَنْزيلاً للجهل بالتّساوي مَنْزلة العلم بالتّفاضل[٣].

قال في معالم السّنن عند شرحه للحديث: ((وفي معنَى ما ذكرنا:

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٣-٤٠٥، و٤٠٧-٤٠٩، والهداية ٣/٦٢، والمنتقى ٦/٢٠٩، وعقد الجواهر ٢/٦٤٦، و٦٥٩، و٦٦١، والمهذّب ٢/٥٦، و٦٠، و٦١، والمغني ٦/٧٠، والشّرح الكبير والإنصاف ١٢/٥٥، و٨١، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٧، و٢٥٢، و٢٥٦، ٢٥٧-٢٥٨.

(٢) من حديث سعد بن أبي وقاصٍ رضي الله عنه، أخرجه مالكٌ في موطّئه ٢/٦٢٤، كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التّمر، برقم: (٢٢)، وأبو داود في سننه ٣/٦٥٧، كتاب البيوع، باب في التّمر بالتّمر، برقم: (٣٣٥٩)، والتّرمذي في سننه ٣/٥٢٨، كتاب البيوع، باب ما جاء في النّهي عن المحاقلة والمزابنة، برقم: (١٢٢٥)، والنَّسَائي في سننه ٤/٧/٢٦٩، كتاب البيوع، باب اشتراء التّمر بالرّطب، وقال فيه التّرمذيّ: ((حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، والعمل عليه عند أهل العلم)).

وقد تُكُلِّمَ في سنده من قبل أبي عياش راويه أنّه ضعيفٌ، وردّه الخطّابي؛ حيث قال في معالم السّنن ٣/٦٥٧: ((وليس الأمر على ما تَوَهَّمَهُ، وأبو عياش هذا مولَى لِبَني زهرة معروفٌ، وقد ذكره مالك في الموطّأ، وهو لا يروي عن رجلٍ متروك الحديث بوجه، وهذا من شأن مالك وعادته معلومٌ)).

وانظرْ: الاستذكار ٥/٣٣٧.

وصحّحه الألباني في: صحيح أبي داود برقم: (٢٨٧١)، وصحيح ابن ماجه برقم: (٢٢٥٥)، وإرواء الغليل برقم: (١٣٥٢)، ومشكاة المصابيح برقم: (٢٨٢٠).

(٣) انظر: معالم السّنن ٣/٦٥٤-٦٥٧، والتّمهيد ١٢/٩٠، والاستذكار ٥/٣٤٠.

المطبوخ بالنّيِّء؛ كالعصير الذي أغلي بالنّار بما لم يطبخ منه، وكـــاللّبن الذي عقد بالنّار باللّبن الحليب ونحوهما، ولا يجوز على هذا القياس بيـــع حنطة بدقيق، ولا حنطة بسويق، ولا بيع خبزٍ بخبز»[1].

فتبيّن بهذا؛ أنّ أبواب الرِّبا خارجةٌ عن موضوع القاعدة.

وفي ذلك يقول الإمام ابن رشد: «وذلك أنّه يظهر مِنَ الشّـــرع أنّ المقصود بتَحريم الرّبا إنّما هو لِمكان الغبن الكثير الذي فيه، وأنّ العدل في المعاملات إنّما هو مقاربة التّساوي، ولذلك لَمَّا عسر إدراك التّساوي في الأشياء المختلفة الذّوات جُعِلَ الدِّينارُ والدّرهمُ لتقويمها، أعنِي: تقديرها، ولَمّا كانت الأشياء المختلفة الذّوات، أعنِي: غير الموزونة والمكيلة، العدل فيها إنّما هو في وجود النّسبة، أعنِي: أن تكون نسبة قيمة أحد الشّـــيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشّيء الآخر إلى جنسه.

مثال ذلك: أنّ العدل إذا باع إنسانٌ فرساً بثياب، هـــو أن تكـــون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثّوب إلى الثّياب؛ فإن كان ذلك الفرسُ قيمتُهُ خمسون؛ فيجب أن تكون تلك الثّياب قيمتُها خمسون، فليكن مَثَلاً الذي يُساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثـــوابٍ، فإذاً، اختلافُ هذه المبيعات بعضها ببعضٍ في العدد واجبـــةٌ في المعاملـــة العدالةُ، أعنِي: أن يكون عديل فرس عشرة أثوابٍ في المثل.

وأمّا الأشياء المكيلة والموزونة، فَلَمَّا كانت ليست تَختلـــف كـــلّ

---

(١) معالم السّنن ٦٥٥/٣، وانظر: الاستذكار ٣٤٠/٥، والمنتقى ١٧٩/٦، والقـــوانين الفقهية ص ١٦٩، والمهذّب ٦٠/٢-٦٣، والمقنع ٤٤/١٢، و٤٦، والشّرح الكبير ٥٧/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٥١/٣.

الاختلاف، وكانت مَنَافِعُهَا متقاربةً، ولم تكن حاجةً ضروريةً لِمَنْ كان عنده منها صنفٌ أن يستبدله بذلك الصّنف بعينه، إلاّ على جهة السّرف، كان العدل في هذا إنّما هو بوجود التّساوي في الكيل أو الوزن؛ إذ كانت لا تتفاوت في المنافع.

وأيضاً فإنّ مَنْعَ التّفاضل في هذه الأشياء يُوجِبُ أن لا يقع فيها تعاملٌ؛ لكون مَنَافعها غَيرَ مُختلفة، والتَّعَامُلُ إنّما يضطّرّ إليه في المنافع المختلفة، فإذاً؛ مَنَعَ التّفاضلَ في هذه الأشياء، أعنِي: المكيلة الموزونة علّتان:

أحداهما: وجود العدل فيها.

والثّاني: منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السّرف.

وأمّا الدِّينار والدّرهم فَعِلّةُ المنع فيها أظهر؛ إذ كانت هذه ليس المقصود منها الرّبح، وإنّما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافعُ ضروريةٌ»[1].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة متّفقٌ عليها بين أهل العلم في الجملة؛ لأنّ مفادَها أمرٌ مُسلَّمٌ، وضرورِيٌّ، ولازمٌ من لوازم عقود المعاوضات، وهو مقتضاها من حيث التّأثير، ومقصودها الشّرعِيّ، إلاّ فيما يشترط التّساوي والتّماثل فيه من العقود دون التّحرِّي والتّخمين كما هو الشّأن في أبواب الرِّبويّات، وتقدّم بيان ذلك.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت هذه القاعدة وصحّتها بأدلّة من الكتاب والسّنة والمعقول.

---

(١) بداية المجتهد ٣/٢٥٣-٢٥٤.

١-وأمّا من الكتاب فقوله -تعالى-: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[١]، وتساوي البدلين والعوضين حقيقةً أو تخميناً وتقويماً من موجبات التّراضي بين المتعاقدين[٢].

٢-وأمّا من السّنة فقوله ﷺ: «أَيَنْقُصُ التَّمرُ إذَا يَبِسَ؟»،قالوا: نعم؛فنهاهم عن ذلك[٣]، وذلك لضرورة التّساوي بين البدلين والثّمنين في عقود المعاضوات، إمّا حقيقةً، وإمّا تَخميناً وتَحرّياً وتقريباً فيما لا يمكن إدراك حقيقة التّساوي فيه.

٣-وأمّا المعقول؛ فهو أنّ البيع مبادلةُ المالِ بالمالِ، وهذا يقتضي التّساوي في البدلين على وجهٍ لا يخلو كلّ جزءٍ من البدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب؛ لأنّ هذا هو حقيقة المبادلة[٤].

٤-ولأنّ الصّفقة إذا اشتملت على شيئين مُخْتَلفي القيمة، قُسِّطَ الثّمَنُ على قيمتَيهما، فهو من باب التّوزيع على الْجُمَل، فهو إمّا بِتحقّق التّساوي أو بقريبه[٥].

من تطبيقات القاعدة:

---

(١) سورة النّساء، الآية: ٢٩.

(٢) انظر: الشّرح الكبير ٨١/١٢، وشرح منتهى الإرادات ١٢٥/٣.

(٣) من حديث جابر رضي الله عنه، وتقدّم تخريجه قريباً.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٢/٤، و٤٠٧، و٤١٧، والمنتقى ٢٠٣/٦، والمهذّب ٥٥/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٤٣/٣.

(٥) انظر: الشّرح الكبير ٨٠/١٢-٨١، وشرح منتهى الإرادات ٢٥٧/٣.

١-أنّه متَى اشْتُرِطَ التّساوي في عقدٍ، وجبت معرفةُ حقيقتــه بالمعيــار الشّرعِيّ، ولا تكفي مقاربته، وحيث أنيط ذلك إلى تراضي العاقدين فمقاربة التّساوي كافيةٌ فيه[1].

٢-لو أتلف إنسانٌ على آخر قفيزاً من حنطةٍ يلزمه قفيزٌ مِثْلُه، ولا تلزمه قيمته؛ لأنّ الواجب هنا هو العَدلُ والتّساوي[2].

٣-أنّ ما يدخله التّخمين والتّحرِّي من المعاوضات؛ فالعدل فيــه مقاربــة التّساوي، وما لا يدخله التّخمين والتّحرّي فلا، كما تقدّم بيان ذلــك في الرِّبويّات، بناء على ذلك، لا يجوز بيع الرِّبويّ بِجنســه جُزافــاً لا بالتّخمين ولا بالتّحرِّي؛ فلو باع صبرة حنطة بصبرةٍ، أو درهم بدراهم جزافاً وخرجتا مُتَمَاثلتين لَم يصحّ العقد؛ لأنّ التّساوي شرطٌ[3].

٤-يصحّ بيع تراب معدنٍ بغير جِنسه، وبيع تراب صاغةٍ بغــير جنســه؛ لعدم اشتراط الْمُمَاثلةِ، فيكفي فيه مقاربة التّساوي على ما تراضــى عليه العاقدان[4].

---

(١) انظر: الشّرح الكبير ١٢/٥٥-٥٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٠٣.

(٣) انظر: عقد الجواهر ٢/٦٢٥، وروضة الطّالبين ٣/٣٨٥، والشّرح الكبير ١٢/٥٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٤٦-٢٤٧.

(٤) انظر: الشّرح الكبير ١٢/١٣١، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٥٦.

المبحث الرّابع: القاعدة الحادية والخمسون [٥١]

[الغَرَرُ اليسيرُ مَعفوٌّ عنه في الشَّرْعِ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل الأجل من شروط السَّلَم، دليلاً للمسألة الأولى منها، وهي: هل يُقَدَّر الأجلُ بغير الأيّام والشّهور؛ مثل: الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم؟؛ حيث قال: «وأمّا الأجل إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك؛ فأجازه مالكٌ[١]، ومنعه أبو حنيفة والشّافعي[٢]؛ فَمَن رأى أنّ الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسيرٌ، أجاز ذلك؛ **إذِ الغَرَرُ اليَسيرُ مَعْفُوٌّ عنه في الشّرع**، وشَبَّهَه بالاختلاف الذي يكون في الشّهور من قبل الزّيادة والنّقصان، ومَنْ رأى أنّه كثيرٌ، وأنّه أكثر مِن الاختلاف الذي يكون مِن قبل نقصان الشّهور وكَمَالِها لَم يُجزِهْ»[٣].

توثيقها:

هذه القاعدة مُسَلَّمةٌ لدى الفقهاء، وجرى عليها استعمالهم، تعليلاً وتدليلاً، منها:

---

(١) انظر: المعونة ٩٨٩/٢، والمقدّمات ٧٣/٢، وعقد الجواهر ٧٥٣/٢، والقوانين الفقهيّة ص ١٧٠.

(٢) وهو مذهب الحنابلة والظّاهرية.
انظر: مختصر القدوري ص ٨٤، و٨٨، وبدائع الصّنائع ٤٤٠/٤، و٤٤٩، والهداية ٧٣/٣-٧٤، ومختصر المزني ص ١٣٣، والمهذّب ٣٤/٢، و١٢٨، وزاد المستقنع ص ٧٤، و٧٥، ومنتهى الإرادات ٢٨١/١، وشرح منتهى الإرادات ٣٠٧/٣، والمحلّى ٣٩/٨.

(٣) بداية المجتهد ٣٩٠/٣.

ما جاء ببدائع الصّنائع: «يُحتَمل في المعاملات مِن التّفاوت اليسير ما لا يُحتَمل مثله في الإتلافات»[١].

ما جاء في المنتقى: «معنَى بيعِ الغَرَرِ والله أعلم؛ ما كَثُر فيه الغَرَرُ، وغلب عليه حتّى صار البيعُ يُوصَفُ ببيع الغَرَرِ؛ فهذا الذي لا خِلافَ في الْمنع منه.

وأمّا يسير الغَرَر؛ فإنّه لا يُؤَثِّرُ في فساد عقد بيعٍ؛ فإنّه لا يكادُ يَخلُو عقدٌ منه، وإنّما يَختلفُ العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهما فيما فيه مِنَ الغَرَر، وهل هو من حَيِّزِ الكثير الذي يَمنع الصِّحّة أو مِن حيِّز القليل الذي لا يَمنعها»[٢].

ما جاء في المقدّمات: «لا يصحّ البيع إلاّ أن يكون سالماً مِن الغَرَرَ الكَثير؛ لأنّ الغَرَرَ اليسير الذي لا تنفكّ البيوع منه مُستَخفٌّ مستجازٌ فيها»[٣].

ما جاء في التّاج والإكليل: «يَجوز الغَرَرُ اليسيرُ إذا دعت الضّرورةُ إليه»[٤].

ما جاء في المجموع: «الأصل أنّ بيع الغَرَرِ باطلٌ...، والمراد ما كان فيه غَرَرٌ ظاهرٌ يُمكن الاحتراز عنه، فأمّا ما تدعو إليه الحاجة، ولا يُمكن الاحتراز عنه؛ كأساس الدّار، وشراء الحامل مع احتمال أنَّ الحمل واحدٌ أو أكثرُ، وذَكَرٌ أو أُنْثَى، وكاملُ الأعضاء أو ناقصها، وكشراء الشّاة في ضرعها لَبَنٌ، ونحو ذلك؛ فهذا يصحّ بيعه بالإجماع، ونقل العلماء الإجماعَ أيضاً في أيشاء غَرَرُهَا حَقيرٌ منها:

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٤٤٢/٤، وانظر: الهداية ٢٣/٣، و٤٩، و٧١-٧٣.

(٢) المنتقى ٣٥٤/٦، وانظر: التّمهيد ٢٠٤/١٢، والمقدّمات ٧١/٢، وعقد الجواهر ٦٢٤/٢، و٦٧٠-٦٧١.

(٣) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٧٣/٢.

(٤) التّاج والإكليل للمواق ١١٥/٦.

أنّ الأمّة أجمعت على صحّة بيع الْجبّة الْمحشوة،وإن لم يرَ حشوها، ولو باع حشوها منفرداً لَم يصحّ.

وأجمعوا على جواز إجارة الدّار وغيرها شهراً، مع أنّه قد يكون ثلاثين يوماً، وقد يكون تسعة وعشرين.

وأجمعوا على جواز دخول الحمام بأجرةٍ، وعلى جواز الشّرب من ماء السّقاء بعوضٍ مع اختلاف أحوال النّاس في استعمال الماء، أو مكثهم في الحمام.

قال العلماء: مدار البطلان بسبب الغَرَرِ، والصّحّة مع وجوده على ما ذكرناه، وهو أنّه إذا دعت الحاجةُ إلى ارتكاب الغَرَر ولا يُمكن الاحتراز عنه إلاّ بمشقّةٍ، أو كان الغَرَرُ حقيراً؛ جاز البيع وإلاّ فلا»[1].

ما جاء في الْمغنِي: «الغَرَرُ اليسيرُ إذا احْتُمِلَ في العقد، لا يلزم منه احتمالُ الكثير»[2].

وفيه أيضاً نقلاً عن الإمام مالك: «اليسيرُ تَدْخُلُهُ الْمُسَامحَةُ»[3]، هذه عبارةٌ مُتَمَيِّزَةٌ؛ حَوَتْ معانِيَ كثيرةً، وتدخل في كثيرٍ من أبواب الفقه.

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: لا تصحّ تسمية الصّداق بِما لا يُتَمَوَّلُ عادَةً؛ كَحبّة حنطة، وقشرة جوزة؛ لجهالة الأشياء قدراً وصفةً، والغَرَرُ والْجَهالةُ فيها كثيرٌ، ومثل ذلك لاً يُحتَمَلُ؛ لأنّه يؤدّي إلى النّزاع؛ إذ لا أصل يرجع إليه، ولا يضرّ جَهلٌ يسيرٌ فيه، ولا غَرَرٌ يُرْجَى زَوالُهُ[4].

---

(١) المجموع للنّووي ١٨٨/٩، وانظر: ٢٠٩، وشرح مسلم ٣٩٦/١٠.

(٢) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٣٢٣/٦، وانظر: الشّرح الكبير ٢٢٩/١١.

(٣) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٦٧/٦، وانظر: بداية المجتهد ٣١١/٣، والشّرح الكبير ٢١٥/١١.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٤٠/٥-٢٤٢، والطّرق الحكمية ص٢٦١.

شرح مفردات القاعدة:

الغَرَرُ: لغة: الجهالة والخطر[(١)].

وبيع الغَرَرِ: بيعٌ دَخَلَتْهُ الْجَهالةُ سواء أكانت في الثّمن أم في الْمُثمن، أم في الأجل، أم في القدرة على التّسليم[(٢)].

وفي الذّخيرة: هو: القابل للحصول وعدمه قبولاً مُتَقَارِباً[(٣)]، وهذا التّعريف أقرب.

وفي المهذّب: الغَرَرُ: ما انْطَوى عنه أمرُهُ، وخَفِيَ عليه عاقبته[(٤)].

وفي شرح منتهى الإرادات: هو ما تردّد بين أمرين، ليس أحدهما أظهر[(٥)].

اليسير: الشّيء القليل الحقير[(٦)].

مَعْفُوٌّ عنه: أي: مُسْقَطٌ مَمحوٌّ ساقط الاعتبار والمؤاخذة[(٧)].

الشَّرْعِ: أي: الشّريعة، وهي ما أظهره الله -تعالى- لعباده من الأحكام[(٨)].

---

(١) انظر: المفردات ص ٣٦١، وأساس البلاغة ص ٤٤٨، ومختار الصّحاح ص ٤٧١، والمصباح المنير ص ١٦٩.

(٢) انظر: الهداية ٣/٢٢ والتّمهيد ١٢ /٢٠٤-٢٠٥، وعقد الجواهر ٢/٦٧٠-٦٧١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٩٨.

(٣) الذّخيرة للقرافي ٤/٣٥٥.

(٤) المهذّب للشّيرازي ٢/٢١، والمجموع ٩/١٨٨.

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/١٣٥.

(٦) انظر: المفردات ص ٥٥٣، ومختار الصّحاح ص ٧٤٣.

(٧) انظر: المصباح المنير ص ١٥٩.

(٨) انظر: المفردات ص ٢٦١، وأساس البلاغة ص ٣٢٦، ومختار الصّحاح ص ٣٣٥، والمصباح المنير ص ١١٨، والطّرق الحكمية ص ١٢٣-١٢٤، ومعجم لغة الفقهاء =

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

الشّريعة الإسلاميّة نَظَّمت علاقات النّاس بعضهم مع بعضٍ في جميع مجالات الحياة، ومنها علاقاتهم في تعامل بعضهم بعضاً في إجراء العقــود، ووضعت قواعد يسير عليها تعامُلهم؛ لذلك نصبت أسـباباً، وشـرطت شروطاً لا بدّ منها، وبيّنت موانع، كلّ هذه تجب مراعاتها لإجراء العقود، لتقع مستوفاة الأسباب والشّروط، منتفية الموانع؛ فتكون كفيلةً لمنع وقوع الاختلافات والمنازعات والخصومات بينهم.

وجماع الشّروط: اشتراط التّراضي بين العاقدين، وأن يكونا جائزَيِ التّصرّف، وتكون العينُ مباحةَ النّفع من غير حاجة؛ فما أبيحت للحاجة لا يجوز بيعها إلاّ بقدر الحاجة؛ كالكلب للحراسة والصّيد والحرث، وأن يكون العقد من مالكٍ صحيحٍ، فإن باع مِلْكَ غيره أو اشترى بعين مالـه بلا إذنه لم يصحّ.

ومن ذلك أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسـليمه، معلومـاً برؤيةٍ معرِّفةٍ أو صفة كاشفة، وأن يكون الثّمن معلوماً.

كما يشترط الأجل في عقود يشترط فيها الأجلُ؛ كالسَّلَم والإجـارة، ويشترط للأجل أيضاً كونه معلوماً له وقعٌ في الثّمن، أي: يؤثِّر في الثّمن[1].

وجماع الموانع التي تمنع صحّة العقود وتخلّ بها يرجع إلى صنفين هما:

=

ص ٢٣١.

(١) انظر: الهداية ٢٢/٣، وعقد الجواهر ٧٥٢/٢-٧٥٣، ومختصر المزنـي ص ١١٠، و١٢٧-١٢٩-١٣١، والمهذّب ١٥/٢-٢٠، والمجموع ٢٠٩/٩، وزاد المسـتقنع ص ٦٦-٦٨، و٧٥، و٨٤.

الرّبا، والغَرَرِ؛ فَمَتَى وُجِدَ أحدُهما في العقد حكم بفساده[١]، وقد نَهَى النَّبيّ ﷺ عن بيع الغَرَرَ[٢]، والنّهي يقتضي الفساد في الجملة، فما كان من العقود مُشتَمِلاً على الغَرَر فهو باطلٌ فاسد الاعتبار؛ فلا يترتّب عليه أحكام العقود الصّحيحة.

حقيقة الغَرَر: وأمّا الغَرَرُ فهو: الذي لا يُدْرَى أَيَحصُل أم لا؛ كالطّير في الهواء، والسَّمَك في الماء.

وبعبارةٍ أخرى هو: الخطر الذي استوى فيه طرفُ الوجود والعدم بمَنْزلة الشّكّ[٣].

أسبابه: وأهمّ أسبابه الجهالة، وهي حاصلةٌ في العقود من أربع جهات هي مَحَلُّ الغَرَر: جهالةٌ في تَعيين العقد، وتعيين الْمَعقود عليه، وجهالةٌ في الثّمن والْمُثمن، وجهالةٌ في الأجل، وجهالةٌ في القدرة على

---

(١) انظر: الهداية ٤٨/٣، و٦١، وبداية المجتهد ٣٠٠/٣، و٣١٠.
(٢) تقدّم تخريج حديث النّهي عن بيع الغَرَر في القاعدة [٣٥]، أثناء أدلّة المذهب الأوّل: جواز بيع وشراء العين الغائبة، وانظر: شرح مسلم ٣٩٦/١٠.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧٣/٢، و٣٦٦/٤، و٣٧٧، و٤٤٥، والهداية ٢٢/٣، و٤٥، و٤٨، و٤٩، و٧٣، والمعونة ٩٨٧/٢، والتّمهيد ٢٠٤/١٢، و٢٠٦، والاستذكار ٤٦٦/٥، و٤٧٠، والمنتقى ٣٥٤/٦، و٣٥٦، وبداية المجتهد ٢٨٥/٣، و٣٠١، و٣٠٥، وعقد الجواهر ٦٢١/٢، و٦٢٣، و٦٢٤، و٦٧٠-٦٧١، والفروق ٢٦٥/٣-٢٦٦، والذّخيرة ٣٥٥/٤، والقوانين الفقهية ص ١٦٩، وتهذيب الفروق ٢٧٠/٣، ومختصر المزني ص١٢٧-١٣٠، والمهذّب ٢٠/٢-٢١-٢٤-٣٨، والمجموع ١٨٨/٩، و٢٠٧، و٢١٨، والمغني٣٩١/٦، والشّرح الكبير١١٣/١١، و١١٥، وشرح منتهى الإرادات ١٣٥/٣-١٣٦، و١٤٠، و١٤١، والمحلّى ٢٨٨/٧، وشرح مسلم ٣٩٦/١٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٩٨.

التّسليم، وذلك لأنّ الجهالة مفضيةٌ إلى المنازعة[١].

والغَرَرُ والْجَهالَةُ بينهما عمومٌ وخصوصٌ؛ كلّ واحدٍ منهما أعمّ من الآخر من وجهٍ وأخصّ من وجه؛ فيُوجَدُ كلٌّ واحد منهما مع الآخر، وبدونه؛ فأصلُ الغرر هو: الذي لا يُدْرَى هل يَحصلُ أم لا؛ كالطّير في الهواء، والسّمك في الماء.

وأمّا الْمَجهول فهو ما عُلِمَ حُصُولُهُ، وجُهِلَت صِفَتُهُ؛ كبيع ما في كُمّه، فهو يَحصل قطعاً، لكن لا يُدْرَى أيّ شيءٍ هو؟

أمّا وجود الغرر بدون الجهالة؛ فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه، وهو غررٌ؛ لأنّه لا يُدْرَى هل يَحصل أم لا؟

وأمّا وجود الجهالة بدون الغرر؛فكشِراء حجرٍ يراه، لا يدري أزجاجٌ هو أم ياقوت؟ مشاهدته تقتضي القطع بِحصوله، فلا غَرَر، وعدم معرفته تقتضي الجهالة.

وأمّا اجتماعُ الغَرَرِ والجهالة؛ فكالعبد الآبق المجهول الصّفة قبل الإباق[٢].

أوجه وقوع الغَرَر والْجَهالة في العقد: الغرر والجهالة يتعلّق بالْمَبيع من ثلاثة أوجه: من جهة العقد، والعوض، والأجل، ويقعان فيها من حيث الكيفية والكمّية، وموارد ذلك كلّه تسعةٌ، هي: الجهل في:

- تعيين العقد، أي: وجود المعقود عليه؛ كالآبق قبل الإباق.
- الحصول إنْ عُلِمَ الوجود؛ كالطّير في الهواء.

---

(١) انظر: المقدّمات ٢/٧٣، والمراجع السّابقة.

(٢) انظر: المقدّمات ٢/٧٣-٧٦، والفروق ٣/٢٦٥-٢٦٦، والذّخيرة ٤/٣٥٥، و٥/٢٦٠، وتهذيب الفروق ٣/٢٧٠-٢٧٤، والمراجع السّابقة.

- الجنس؛ كسلعة لم يسمّها.
- النّوع؛ كعبدٍ لم يُسَمِّه.
- المقدار؛ كالبيع إلى مبلغ رَمْيِ الحصاة.
- التّعيين؛ كثوبٍ من ثوبين مختلفين.
- السّلامة والبقاء؛ كالثّمار قبل بدوّ صلاحها.
- الأجل إن كان هناك أجلٌ.
- الصّفة؛ فهذه تسعةٌ من مواردَ للغرور من جهة الجهالة(١).

أقسام العقود باعتبار وجود الغَرَر فيها:

بيعُ الغَرَرِ اسمٌ جامعٌ لِمَعانٍ كثيرةٍ، وتَختلف العقود من حيث وجود الغَرَر فيها، فبعضها تَجمع أكثر وجوه الغَرَر أو بعضها؛ فالبيوع التي توجد فيها هذه الضّروب من الغَرَرِ تنقسم إلى قسمين: بيوعٌ مُنطوقٌ بها، وبيوع مسكوتٌ عنها.

المنطوق بها أكثرها مُتَّفَقٌ عليها، وإن وقع الخلافُ ففي شرح أسمائها(٢).

والمسكوت عنه مُختلفٌ فيه.

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر هذه البيوع في: مختصر القدوري ص ٨٣، والهداية ٤٢/٣-٥٤، والتّمهيد ٢٠٤/١٢-٢١٤، و٤٦٤-٤٧٢، والاستذكار ٢٠٣/٥-٢١٣، و٤٦٤-٤٧٢، والمنتقى ٣٥٤/٦-٣٦٢، والمقدّمات ٧١/٢، وبداية المجتهد ٢٨٥/٣-٣٠٠، وعقد الجواهر ٦٢٥/٢، و٦٦٩-٦٧١-٦٨١، وتهذيب الفروق ٢٧٢/٣، ومختصر المزني ص ١٢٧-١٣٠، والمهذّب ٢٠/٢-٣٨، والمجموع ١٨٨/٩، و٢٢٧، والمقنع والشّرح الكبير ١٠٦/١١ فما بعدها، وشرح منتهى الإرادات ١٣٥/٣-١٣٦، وشرح مسلم ٣٩٥/١٠-٣٩٦.

أقسام الغَرَر والْجُهالة من حيث التّأثير والحكم: ثلاثة أسام[1]:

القسم الأوّل: الغَرَرُ الْمُؤَثِّرُ، وهو غَرَرٌ كثيرٌ مُمْنوعٌ إجماعاً؛ كـالطّير في الهواء، ومنه كثير من البيوع التي ورد النّهي عنها من الشّارع.

القسم الثّاني: الغَرَرُ غير الْمُؤَثِّر، وهو أيضاً على ثلاثة أنواع:

أوّلاً: غَرَرٌ قليلٌ جائزٌ غير مؤثِّرٍ إجماعاً؛ كأساس الدّار وقطن الجبة.

ثانياً: غَرَرٌ تدعو إليه الضّرورة غير مؤثِّرٍ؛ كبيع ما مأكوله في جوفه؛ مثل: الجوز.

ثالثاً: غَرَرٌ جمع الأمرين جميعاً غير مُؤَثِّرٍ؛ كبيع الأعدال على البرنامج.

والقسم الثّالث: مُتَوَسِّطٌ اختلف فيه، أَيُلْحَقُ بالأوّل، أم الثّاني؟ فلارتفاعه عن القليل أُلْحِقَ بالكثير، ولانْحِطَاطِه عن الكثير أُلْحِقَ بالقليل، وهذا هـو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة[2].

وموضوع القاعدة هو الغَرَرُ الذي ليس بكثيرٍ فـاحشٍ؛ فيشـمل النّوعين الأخيرين، أعني: قليلاً جائزاً إجماعاً، ومُتَوسِّطاً مختلفٌ في جوازه،

---

(١) انظر: الهداية ٣٨/٣، والتّمهيد ٢٠٤/١٢، والمنتقى ٣٥٤/٦، و٣٦١، والمقدّمات ٧٣/٢، وبداية المجتهد ٣٠٤/٣، وعقـد الجـواهر ٦٧٠/٢-٦٧١، والفـروق ٢٦٥/٣-٢٦٦، والذّخيرة ٣٥٥/٤، ١٩١/٥-١٩٢، والقـوانين الفقهيـة ص ١٧٠، وتهذيب الفروق ٢٧٠/٣-٢٧٤، ومختصر المزنـي ص ١٢٨، والمهـذّب ٢٠/٢-٣٢-٣٨، والمجموع ١٨٨/٩، و٢٠٧، و٢٠٩، وشرح منتـهى الإرادات ١٣٥/٣، و٢٧٩، وشرح مسلم ٣٩٦/١٠.

(٢) انظر: الفروق٢٦٥/٣-٢٦٦، والذّخيرة ٣٥٥/٤، وتهـذيب الفـروق٢٧٠/٣-٢٧٤،والمجموع١٨٨/٩، و٢٠٩، وشرح مسلم ٣٩٦/١٠، والمراجع السّابقة، عند بيان حقيقة الغَرَر.

وكونه مختلفاً فيه لا يتعارض مع حكاية الإجماع السّابقة؛ فإنّ الإجماع على إلغاء الغَرَرِ غير كثيرٍ فاحشٍ، وعدم تأثيره؛ لأنّه عفوٌ ساقطٌ من باب رفع الحرج والمشقّة، وأمّا الخلاف فهو حاصلٌ في تحديد وتحقيق قلة الغَرَر ويسارته، وفي تنقيحه؛ فحيث وُجِدَ غَرَرٌ اتّفقوا عليه، لكن يَختلفون في تصنيفه، هل من قبيل الغَرَر القليل اليسير فيُلغَى ولا يلتفت إليه، ويكون ساقطَ الاعتداد، أم من قبيل الغَرَرِ الكثير الفاحش المجمع على الاعتداد به وتأثيره في إبطال العقد[1].

قال في عقد الجواهر: «ما كان من الغَرَر نزراً يسيراً غير مقصودٍ، وتدعو الضّرورة إلى العفو عنه؛ فلا يؤثّر في فساد البيع، وأنّ هذا هو الْمُتَّفقُ عليه، وأنّ الخلاف بين العلماء في المسائل المشتملة على الغَرَرِ راجعٌ إلى هذا الأصل، فَمَنْ أجازَ، قَدَّرَ أنّ الغَرَرَ فيما يسأل عنه غير مقصودٍ، ومَنْ مَنَعَ، قَدَّرَ أنّ الغَرَرَ مقصودٌ»[2].

والمرجع في تحديد قلّة الغَرَر ويسارته الموجبة لإلغاء تأثيره هو العرف والعادة، فَكلّ مَا عَدَّهُ العرف والعادة غَرَراً قليلاً حقيراً يسيراً فَمَعْفُوٌّ عنه في الشّرع؛ لأنّه حينئذٍ لا يكون مفضياً إلى التّنازع والتّباغض والاختلافات المؤدّية إلى الفرقة، وكلّ ذلك منهيٌّ عنه؛ فالقاعدة إذَن مَجالٌ من مجالات استعمال الأعراف والعوائد في الشّريعة؛ فشهادةُ العرف والعادة بأنّه قليلٌ

---

(١) انظر: الهداية٣/٣٨، والتّمهيد١٢/٢٠٤،والمنتقى٦/٣٥٤، وبداية المجتهد٣/٣٠١، والذّخيرة ٤/٣٥٥، وتهذيب الفروق ٣/٢٧٠-٢٧٤، ومختصر المزني ١٢٨.

(٢) عقد الجواهر لابن شاس ٢/٦٧١، وانظر: المجموع ٩/١٨٨.

يسيرٌ تُرَجِّحُ جانب العلم والوجود على جانب الجهالة والعدم[1].

قال في المجموع: «الرّجوع في القليل والكثير، والْمحقّر والنّفيس إلى العرف؛ فما عدّوه من الْمحقّرات، وعَدَّوْهُ بيعاً؛ فهو بيع، وإلاّ فلا»[2].

وقال في القواعد الجامعة: «العرف والعادة، يُرْجَعُ إليه في كلّ حكمٍ حَكَمَ به الشّارعُ ولَمْ يَحُدَّهُ بِحَدٍّ...، ومن ذلك: العيوب، والغبن، والتّدليس، يرجع في ذلك إلى العرف، فما عَدَّهُ النّاسُ عيباً أو غبناً أو تدليساً علّق به الحكم»[3]؛ حيث إنّ هذه الخصال سببها الغَرَرُ[4].

وتظهر فيها رحمة الإسلام ولطف أحكامه ومرونتها، وتطبيق مبدأ رفع الحرج ونبذ المشقّة؛ إذ لا يكاد يوجد عقدٌ يخلو من غَرَرٍ وينفكّ عنه[5]، فلو أمر الشّارعُ بترك كلّ ما فيه غَرَرٌ قَلَّ أو كَثُرَ، مع الضّرورة أو بدونها؛ لوقع النّاس في حرجٍ جديدٍ، وضيقٍ عظيمٍ؛ فسبحان الذي يعلم مَن خَلَق وهو اللّطيف الخبير.

قال في التّمهيد: «بيع الغَرَرِ يَجمع وجوهاً كثيرةً، منها: المجهول كلّه في الثّمن والْمُثمَن إذا لَم يوقف على حقيقة جملته؛ فبيعه على هذه الحال

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٦/٤، والمقدّمات ٧٣/٢، والفروق ٢٦٥/٣، والشّرح الكبير ١١٥/١١.

(٢) المجموع للنّووي ١١٧/٩.

(٣) القواعد الجامعة للإمام السّعدي ص ٣٥-٣٨، وانظر: نيل الأرب ص٥٧٦، وشرح منظومة القواعد للعويد ص١٤٤، وشرح المنظومة السّعدية ص ٨٨.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢٨٥/٣، والفروق ١٥١/١.

(٥) انظر: التّمهيد ٢١١/١٢، والمنتقى ٣٥٤/٦، والمقدّمات ٧٣/٢، وعقد الجواهر ٦٧١/٢، والمجموع ١٨٨/٩، و٢٠٩، وشرح مسلم ٣٩٦/١٠.

من بيع الغَرَرِ، وإن وقف على أكثر ذلك، ويحاصر حتّى لا يشكل المراد به؛ فمَا جَهِلَ منه -يكون- من التّافه اليسير الحقير، والنّزر في جنب الصّفقة، إذا كان ممّا لا يُمكن الوصول إلى معرفة حقيقته؛ فلا يضرّ ذلك، وهو مُتَجَاوَزٌ عنه غير مُرَاعًى عند جماعة العلماء»[١].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة مَحلُّ الاتّفاق بين أهل العلم في الجملة، وتقدّم بيان عدم التّعارض بين حكاية الإجماع وبين مَنْ حَكَى الاختلاف فيها، وأنّ الخلاف راجعٌ إلى ما يُعَدُّ قليلاً ويسيراً من غيره، ويترتّب على ذلك الاختلاف في التّطبيق[٢]؛ لأنّ الغَرَرَ أنواعٌ:

الغَرَرَ غير الْمُؤَثِّر ثلاثة أنواع كما تقدّم قريباً:

النّوع الأوّل: غَرَرٌ قليلٌ يسيرٌ لا تأثير له، إجماعاً.

النّوع الثّاني: غَرَرٌ تدعو إليه الضّرورة، وحيث لا ضرورة فمؤثِّرٌ؛ فمَا دعت إليه الضّرورة جاز وما لا فلا؛ لأنّه ثبت أنّ الغَرَرَ القليلَ اليسيرَ نوعٌ والذي تدعو إليه الضّرورة نوعٌ آخر.

النّوع الثّالث: ما جمع الأمرين.

قال الإمام ابن رشد: «وبالجملة؛ فالفقهاء مُتّفقون على أنّ الغَرَرَ

---

(١) التّمهيد لابن عبدالبرّ ٢٠٤/١٢، وانظر: الاستذكار ٤٦٤/٥، والمقدّمات ٧١/٢، وشرح مسلم ٣٩٦/١٠.

(٢) انظر: التّمهيد ٢٠٤/١٢، والمقدّمات ٧٣/٢-٧٩، وعقد الجواهر ٦٧٠/٢-٦٧١، والذّخيرة ٣٥٥/٤، والتّاج والإكليل ١١٥/٦، ومختصر المزني ص ١٢٧-١٢٨، والمجموع ١٨٨/٩، و٢٠٩، وشرح مسلم ٣٩٦/١٠، وطلبة الطّلبة ص ١٦١.

الكثيرَ في الْمَبيعات لا يجوز، وأنّ القليل يجوز، ويختلفون في أشياء من أنواع الغَرَر؛ فبعضهم يُلْحِقُها بالغَرَر الكثير، وبعضهم يُلْحِقُها بالغَرَر القليل الْمباح؛ لتَرَدُّدِها بين القليل الكثير»[١].

ثم قال في موضعٍ آخر: «وذلك أنّهم -فقهاء الأمصار- اتّفقوا على أنّ الغَرَرَ ينقسم بهذين القسمين -مُؤَثِّرٌ وغير مُؤَثِّرٍ-، وأنّ غير الْمُؤثِّر هو اليسير، أو الذي تدعو إليه الضّرورة، أو ما جَمَع الأمرين»[٢].

وتقدّم من كلام الإمام الباجي في المنتقى حكايةُ الإجماع، وعلّل ذلك بأنّه لا يكاد يخلو عقدٌ من الغَرَرِ؛ فالكثير الفاحش مؤثِّرٌ ومُبْطِلٌ بلا خلافٍ، وكذا القليل اليسير غير مُؤَثِّر ولا يُلتَفت إليه بلا خلاف[٣].

وقال في المجموع: «قال العلماء: مدار البطلان بسبب الغَرَرِ والصّحّة مع وجوده على ما ذكرناه، وهو أنّه إذا دعت الحاجةُ إلى ارتكاب الغَرَرِ ولا يُمكن الاحتراز عنه إلاّ بِمشقّةٍ، أو كان الغَرَرُ حقيراً؛ جاز البيع وإلاّ فلا.

وقد تَختلف العلماء في بعض المسائل؛ كبيع العين الغائبة، وبيع الْحنطة في سنبلها، ويكون اختلافُهم مَبْنِيّاً على هذه القاعدة؛ فبعضهم يرى الغَرَرَ يسيراً لا يُؤَثِّر، وبعضهم يراه مُؤَثِّراً»[٤].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت هذه القاعدة وصحّتها وحجّيتها؛ بإجماع المسلمين

---

(١) بداية المجتهد ٣/٣٠٠، وانظر: عقد الجواهر ٢/٦٧١.

(٢) بداية المجتهد ٣/٣٠٤.

(٣) انظر: المنتقى ٦/٣٥٤، وانظر: المقدّمات ٢/٧٣.

(٤) المجموع للنّووي ٩/١٨٨، وانظر: ٢٠٩، وشرح مسلم ١٠/٣٩٦.

عليها؛ حيث إنّ الأعراف والعوائد السّليمة تفرِّق بين الغَرَرِ المقصود، وهو الكثير الفاحش المؤثِّر في صحّة العقد وفساده، وبين الغَرَر غير المقصود، وهو القليلُ اليسيرُ الحقيرُ يُغْتَفَرُ مثله عادةً؛ فلا يؤثِّر فساداً في العقد؛ فكان مستند الفقهاء في وضع هذه القاعدة الاستقراء الفاحص الدّقيق. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

من تطبيقات القاعدة:

١-قول جمهور أهل العلم بِجواز بيع العين الغائبة بصفة كاشفة، أو برؤية مُتقدّمة في مدّة لا تَتَغيَّر السّلعةُ فيها عادةً؛ ذلك أنّ الغَرَرَ الّذي مَنَعَ لأجله مَنْ مَنَعَ يسيرٌ؛ إذ الرّؤية البصرية أيضاً لا تنفي الغرر في المقدار ومع ذلك جاز العقد،قال الإمام ابن رشد: «وسبب الخلاف: هل نقصان العلم المتعلّق بالصّفة عن العلم المتعلّق بالْحِسّ، هو جَهْلٌ مُؤَثِّرٌ في بيع الشّيء؛ فيكون من الغَرَرِ الكبير، أم ليس بِمؤَثِّرٍ، وأنّه من الغَرَرِ اليسير الْمَعْفُوِّ عنه؟ فالشّافعي رآه من الغَرَر الكثير، ومالك رآه مِنَ الغَرَرِ اليسير»[1].

٢-وبَنَى عليها المالكية والحنابلة جوازَ بيع الأعدال على البرنامج، وهو بيعُ ثياب أو سِلَعٍ أو غيرها على صفة، والثّياب حاضرةٌ لا يوقف على عينها لغيبتها في عدلها، ولا ينظر إليها، أجازوا ذلك إذا كان فيه الذّرع

(١) بداية المجتهد ٣٠١/٣، وتقدّمت دراسة المسألة في القاعدة [٣٥]، الموضع الأوّل، وانظر: المقدّمات ٧٦/٢، وعقد الجواهر٦٢٦/٢-٦٢٧، والذّخيرة ١٩٢/٥، ومختصر المزني ص ١١٠، والمهذّب ٢٤/٢، والمجموع ٢١٢/٩-٢٢١، و٢٢٣-٢٢٥، و٢٢٨، والمقنع والشّرح الكبير ٩٤/١١-٩٩.

والصّفة؛ لأنّ الصّفة تقوم مقام المعاينة، وتنفي الغَرَرَ، وخاصةً مع ثبوت الخيار، ولأنّ كثرة ثياب الأعدال، وعظم الْمُؤونة في فتحها ونشرها مَشقّةٌ؛ فأوجبت التّيسير، واغْتُفِرَ الغَرَرُ اليسيرُ للضّرورة[١].

٣-وعليها بنَى المالكية جواز كراء الرّجلِ فحله على أَنْ يَنْـزُوَ أكواماً معلومةً، ومنعها فيما لَمْ تُعلَم؛ حيث قالوا: إذا كانت أكواماً معلومةً فالغَرَرُ يسيرٌ مَعْفُوٌّ عنه[٢].

٤-وعليها أيضاً قول المالكية فيمَنْ قال: أَبيعك أحد هذين الثّوبين بدينار، وهما من صنف واحد؛أنّه جائزٌ ولزم أحدهما؛ لأنّهم يُجيزون الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية؛ لقلّة الغَرَرِ عندهم في ذلك، وأمّا مَنْ لا يُجيزه فيعدّه من الغَرَرِ الذي لا يجوز، وهو الكثير الفاحش؛ لأنّهما افترقا على بيعٍ غير معلومٍ[٣].

٥-وعليها تُبْنَى مسألةُ بيع الثّمر يَثمر بطوناً مُختلفةً[٤]، ولا تخلو من أحوالٍ: إمّا ألاّ تَتَّصل، فلا يكون بيع ما لم يُخلَقْ منها داخلاً فيما

(١) انظر: التّمهيد ٢١١/١٢، والمنتقى ٣٦٠/٦-٣٦٢، والمقدّمات ٧٩/٢، ومواهب الجليل ١١٥/٦، وتهذيب الفروق ٢٧٣/٣، والمهذّب ٣٣/٢، والمجموع ١٨٨/٩، و٢٠٩، والإنصاف ٩٤/١١-٩٥، و١٣٢-١٣٣، وشرح منتهى الإرادات ١٣٧/٣، وشرح مسلم ٣٩٦/١٠.

(٢) تقدّمت دراسة المسألة في القاعدتين: [٣٦]، الضّابط الأوّل من الضّرب الثّاني من ضوابط الشّروط الفاسدة، و[٤٠]، الصّنف الثّالث: ما اختلفوا في إجارته.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٣٠٠/٣.

(٤) أمّا بيع الثّمر الذي يَثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لَم تطب جُملته معاً فجائزٌ بالاتّفاق.

انظر: بداية المجتهد ٣٠٣/٣، والذّخيرة ١٩٢/٥، والمهذّب ٢٠/٢، والمجموع ٢٢٥/٩، وشرح منتهى الإرادات ٢٨٠/٣.

خُلق؛ كشجر التّين يوجد فيه الباكور والعصير، وإن اتّصلت فلا يخلو أن تَتَميَّز البطون أو لا تَتَميَّز، فمثال الْمُتَمَيِّز: جزّ القصيل الذي يُجَزُّ مدّةً بعد مدّة، ومثال غير الْمتميّز: المباطخ والمقاثئ والباذنجان، أمّا الذي يَتَّصلُ ولا يَتميّز فجائزٌ قولاً واحداً عند المالكية، وخالف الجمهور: الحنفية والشّافعية والحنابلة[١] في جميع ذلك كلّه، وأَلْحَقوه ببيع ما لَم يُخْلَق، وحجّة المالكية في جواز بيع الذي يتّصل ولا يَتميّز أنّه لا يُمكن حبس أوّله على آخره؛ فجاز أن يُبَاعَ ما لم يُخْلَق منها مع ما خُلِقَ وبدا صلاحه؛ أصله جواز بيع ما لَم يطب من الثّمر مع ما طاب؛ لأنّ الغَرَرَ في الصّفة شَبيهٌ بالغَرَر في عين الشّيء، والأصل عندهم أنّ من الغَرَر ما يَجوز لِموضع الضّرورة[٢].

٦-لو قال بائعٌ: بِعتُك هذه الصّبرة كلّ قفيزٍ بريالٍ، أو هذا الثّوب كلّ ذراعٍ بريالٍ، أو هذه الأغنام كلّ شاةٍ بريال؛ صحّ البيع في الجميع، ولا تضرّ جهالة جملة الثّمن؛ لأنّ الثّمن معلومٌ بالتّفصيل، والمبيع معلومٌ بالمشاهدة؛ فانتفى الغَرَرُ[٣].

---

(١) انظر: الهداية ٢٥/٣-٢٧، وبداية المجتهد ٣٠٣/٣، مختصر المزني ص ١١٨، و١٢٧-١٢٨، والمهذّب ٢٠/٢، و٣٢، وزاد المستقنع ص ٧٤.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٣٠٣/٣، والمهذّب ٣٢/٢، والمجموع ١٨٨/٩، و٢٠٩، وشرح مسلم ٣٩٦/١٠.

(٣) وقولٌ لبعض الحنفية بالمنع. انظر: الهداية ٢٢/٣-٢٣، وعقد الجواهر ٦٢٣/٢-٦٢٧، والقوانين الفقهية ص ١٧٠، والمجموع ٢٢٨/٩-٢٢٩، و٢٣٢، و٢٣٣، والمقنع ١١٦/١١، و١٣٦، وزاد المستقنع ص ٦٨، وشرح منتهى الإرادات ١٤٣/٣، و١٥١.

٧-ويُبْنَى على القاعدة جواز بيع الْمُغَيَّب؛ كاللّفت والجزر والكرنب إذا بدا صلاحه، وهو استحقاقه للأكل، وبه قال الجمهور: الحنفية والمالكية والحنابلة، خلافاً للشّافعية والظّاهرية؛ منعوه قالوا: لأنّ المقصود مستورٌ بما لا يدّخر فيه[1].

٨-ومثله: بيع ما مأكوله في جوفه؛ كبيع الحنطة مع سنبله، والجوز واللّوز والباقلا والرّمان والبطيخ ونحوه في قشره، أجازه الجمهور: الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشّافعية، ومنعه الظّاهرية مطلقاً، ومنعه الشّافعية إذا كان عليه القشرة العليا[2]؛ لأنّ المقصود مستورٌ،وخلافهم فيها مَبْنِيٌّ على تكييف نوع الغَرَرِ فيها، أَهُوَ من الغَرَر الْمُؤَثِّر في البيوع أم ليس من الْمُؤَثِّر؟، وذلك أنّهم اتّفقوا على أنّ الغَرَر ينقسم بهذين القسمين، وأنّ غير الْمُؤَثِّر هو اليسير، أو الذي تدعو إليه الضّرورة أو الحاجة، أو ما جمع بين الأمرين.

٩-لا يجوز بيع الطّير في الهواء، ولا السّمك في الماء غير رقيقٍ، لا يُمكن مشاهدته ولا معرفته، ولا يُمكن اصطياده، هذا بلا خلافٍ، وأمّا إذا

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٧١/٤، والهداية ٢٦/٣، والمقدّمات ٧٨/٢، وبداية المجتهد ٣٠٣/٣، ومختصر المزني ١١٨، و١٢٧-١٢٨، والمهذّب ٢٨/٢، والمجموع ٢٢٥/٩-٢٢٦، وزاد المستقنع ص ٦٨، وشرح منتهى الإرادات ١٤٠/٣، و٢٨٠-٢٨١، والمحلّى ٢٨٧/٧، و٢٩٤.

(٢) وبمثل قول الجمهور قال الإصطرخي، وهو ظاهر قول المزني، وكلاهما من الشّافعيّة.
انظر: الهداية ٢٦/٣، و٧١، والمقدّمات ٧٨/٢، وبداية المجتهد ٣٠٣/٣-٣٠٤، والقوانين الفقهية ص ١٧٠، ومختصر المزني ص ١١٨، والمهذّب ٢٨/٢، والمجموع ١٨٨/٩، و٢٠٩، و٢٢٣، و٢٢٥-٢٢٦، والمقنع ١٣٠/١١، وزاد المستقنع ص ٦٨، وشرح منتهى الإرادات ١٤٢/٣، والمحلّى ٢٨٧/٧، و٢٩٤.

كان لإنسانٍ بُرْجٌ مُغْلَقٌ، ويُمكنه أخذ الطّير منه جاز البيع، وكذا إذا كان له غديرٌ[١] أو بِرْكَةٌ له فيه سَمَكٌ يُمكن اصطياده بغير كُلفةٍ، والماء رقيقٌ لا يَمنع المشاهدة؛ فالبيع منه جائزٌ صحيحٌ؛ لأنّ الغَرَرَ فيه يسيرٌ مَعْفُوٌّ عنه، فلا يؤثِّر[٢].

١٠- ومنها: بيع الآبق، والشّارد أجازه المالكية وبعض الشّافعية[٣] إذا كان معلوم الصّفة، ومعلوم الموضع، ومعلوم الإباق عند البائع والمشتري، ويتواضعان الثّمن؛ يعني: أنّه لا يقبضه البائع حتّى يقبضه المشتري؛ لأنّه يتردّد عند العقد بين بيعٍ وسَلَفٍ.

١١- وعليها يُبْنَى قول الحنابلة والمالكية في المشهور بِصِحّة عقد البيع مع اشتراط أحد العاقدين مَنْفعةً معتبرةً لنفسه؛ كأن يشتري السّيارة فيشترط البائعُ ركوبَها مُدَّةً معلومةً؛ فيقال لِمَن منع بِحجّة وجود

---

(١) الغدير: النّهر، والجمع: غُدْران. انظر: المصباح المنير ص ١٦٨.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٧٨، وبدائع الصّنائع ٤/٤٤٦، والهداية ٣/٧٢، والتّمهيد ١٢/٢٠٤-٢٠٥، وبداية المجتهد ٣/٣٠٤، وعقد الجواهر ٢/٦٢١، ومختصر المزني ص ١١٨، و١٢٧-١٢٨، والمهذّب ٢/٢١، و٢٤، والمجموع ٩/٢٠٧، والشّر الكبير ١١/٩٠-٩٣، وزاد المستقنع ص ٦٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٣٥-١٣٦، وشرح مسلم ١٠/٣٩٦.

(٣) وحسّنه النّووي،وبنحوه قال عثمان البَتّي،ومنعه الجمهور:الحنفية والشّافعية والحنابلة مطلقاً؛ لأنّه مُجرّد توهّم لا ينافي تَحقّق عدمه ولا ظنّه، وأجازه الظّاهرية مطلقاً.
انظر: الهداية ٣/٤٥، والتّمهيد ١٢/٢٠٤-٢٠٥، والاستذكار ٥/٤٦٥، وبداية المجتهد ٣/٣٠٤، وعقد الجواهر٢/٦٢١، وتهذيب الفروق ٣/٢٧٣، والمهذّب ٢/٢٤، والمجموع ٩/٢٠٨، وروضة الطّالبين ٣/٣٥٨، والشّرح الكبير ١١/٨٩، وزاد المستقنع ص ٦٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٣٥، والمحلّى ٧/٢٨٥.

الغَرَرِ: إنّه غير مسلَّمٍ وجوده، وإن وُجِدَ فهو قليلٌ يسيرٌ مَعفوٌّ عرفاً فلا اعتداد به، فلا يؤثِّر في فساد العقد[١].

١٢-وتدخل هذه القاعدة في جميع عقود المعاوضات التِي من باب المماكسات والتّصرّفات الموجبة لِتنمية الأموال، وما يقصد به تَحصيلها؛ كالإجارات؛ فيُغتَفر فيها ما اعتبره العرف يسيرَ الغَرَرِ؛ لأنّ اليسير تدخله المسامحة[٢].

---

(١) تقدّمت دراسة المسألة في قاعدة [٣٦]، وانظر: الهداية ٣/٤٨-٤٩، وبداية المجتهد ٣/٣١٠-٣١١، وزاد المستقنع ص ٦٩.

(٢) انظر: الفروق ١/١٥٠-١٥١، و٤/١٢، والذّخيرة ٦/٢٤٤، والفروق ١/١٥١، المغني ٦/١٦٧، والشّرح الكبير ١١/٢١٥، وشرح منتهى الإرادات ٥/٢٤٠-٢٤٢.



الباب الرّابع: القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالجنايات (الحدود والقصاص) والكفّارات

وفيه سبعة مباحث:

٥٢- **المبحث الأوّل**: قاعدة: الأصل في إقامة الحدود هو السّلطان.

٥٣- **المبحث الثّاني**: قاعدة: تُدْرَأُ الحدود بالشّبهات.

٥٤- **المبحث الثّالث** قاعدة: الحدّ الأصغر ينطوي في الحدّ الأكبر.

٥٥- **المبحث الرّابع**:قاعدة: القطع في كلّ متموَّلٍ يجوز بيعه وأخذ العوض فيه.

٥٦- **المبحث الخامس**: قاعدة: كلّ ما جاء من منطق السّكران فموضوعٌ عنه، وكلّ ما جنته جوارحه فلازمٌ له.

٥٧- **المبحث السّادس**: قاعدة: الكفّارة رافعةٌ للحنث إذا وقع، أو مانعةٌ له.

٥٨- **المبحث السّابع** :ضابط: الأصل في الجراح الحكومة إلاّ ما وقّتت فيه السّنة حدّاً.



توطئةٌ ومدخلٌ:

الْجناياتُ اسمٌ أو مُصطلحٌ لِمَا يُجنَى من الشَّرِّ، أي: يُحدِث ويكسب.

وهي في الأصل: مصدرُ جَنَى عليه شرّاً جنايةً، وهو عامٌ في كلّ ما يقبح ويسوء، وقدّ خُصَّ بما يَحرم من الفعل: الذّنب والجريمة[١].

وغلبت الْجناية في ألسنة الفقهاء على الْجَـرْحِ والقَطْـعِ، وهـو التّصرّف الضّار على النّفس، أو ما دونَها إذا استوجب عقوبـةً دُنيويّـةً، وبعبارةٍ أخرى: كلّ فعلٍ عدوانٍ على نفسٍ أو طرف إنسـانٍ أو مـالٍ، والْجمع: جنايات، وجنايا، مثل: عطايا[٢].

والْجنايات التي لها حدودٌ مشروعةٌ خَمْسُ جنايات[٣]:

الأولَى: جناياتٌ على الأبدان، والنّفوس، والأعضاء، وهو الْمُسَمَّاةُ قـتلاً وقطعاً وجَرحاً وإذهاباً للمعنَى وتفويتاً له.

الْجنايةُ الثّانيةُ: جِناياتٌ على الفروج، وهي الْمُسَمَّاةُ (زِنا وسفاحاً).

الْجنايةُ الثّالثةُ: جناياتٌ على الأموال، وهذه ما كان منها مأخوذاً بِحرب سُمِّي (حرابةً)، إذا كان بغير تأويلٍ، وإن كان بتأويلٍ سُمِّيَ (بَغْياً)،

---

(١) انظر: المصباح المنير ص ٤٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٤٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٣٦٨، وأنيس الفقهاء ص ١٠٨، والقوانين الفقهيـة ص ٢٢٢٦، واللّباب ص ٣٥٦، والمهذّب ٣/٢٨٠، والمغنـي ١١/٤٤٣، ومنتـهى الإرادات ٢/٢٣٧، والمصباح المنير ص ٤٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٤٦-١٤٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٣٦٨، والمقدّمات ٣/٣٢١، وبدايـة المجتهـد ٤/٢٨٩، و٣١٤، ومختصر المزني ص ٢٨٠، و٣٢٠-٣٢٦، وروضـة الطّـالبين ٩/١٢٢، و١٧٩-١٨٧، و٢٦٣، والمغني ١١/٤٤٣، ومنتهى الإرادات ٢/٢٣٧، و٢٥٢، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٣٣.

وما كان منها مأخوذاً على وجه الْمخافة من حِرْزٍ سُمِّيَ (سَرِقَةً)، وما كان منها بعلوّ مرتبة وقوّة سلطان سُمِّي (غصباً ونَهَباً)، ومـا كان منها على الْمُؤتَمن فيه سُمِّي (خيانةً).

الْجنايةُ الرّابعةُ: جناياتٌ على الأعراض، وهي الْمُسَمَّاةُ (قَذْفاً).

الْجنايةُ الْخَامسةُ: جناياتٌ بالتّعدِّي على استباحة ما حرّمه الشّرعُ مـن الْمأكولِ والْمشروب، وهذه إنّما يوجد فيها حَدٌّ في هذه الشّـريعة في الْخمر فقط.

وهذه الْجنايات توجب أحكاماً ثلاثةً هي: القصاص، أو الْحدود، أو الدِّية والكفّارات.

القصاصُ: أن يُفْعَل بالفاعل مثل ما فعل، فيُطْلَق على القتل بإزَاء القتـل، وإتْلاف الطَّرف بإزَاء إتلاف الطَّرف، فهو إذاً: الْمُمَاثلةُ بين العقوبة والْجناية[1]، وينقسم إلى: قصاصٍ في النّفوس، وقصاصٍ في أطرافٍ، وقصاصٍ في جُروحٍ.

الْحُدُودُ: جمع حَدٍّ، وهو لغةً: الْحجز والمنع، والْحَـدُّ: الْحـاجزُ بـين الشّيئين، وحَدّ الشّيء مُنتَهاه، والْحَدُّ: الْمَنعُ، ومنه قيـل للبَـوَّاب والْحاجب: حَدَّاد، وللسَّجّان -أيضاً- إمّا لأنّه يَمنع عن الْخروج، أو لأنّه يعالج الْحديد من القيود[2].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧١/٦، والمقدّمات ٣٢٢/٣، وروضة الطّـالبين ١٨٨/٩، ومختصر المزني ص ٣٢٦، وطلبة الطّلبة ص ٣٢٧، وأنـيس الفقهـاء ص ١٠٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٣٢.

(٢) انظر: المفردات ص ١١٦-١١٧، وطلبة الطّلبة ص ١٥٠، و١٧٥، و٢٥٣، ومختار الصّحاح ص ١٢٥-١٢٦، والمصباح المنير ص ٤٨، وبدائع الصّنائع٥/٤٨٦.

وسُمِّيت الْحدودُ الشّرعيةُ حدّاً؛ لأنّها تمنع من الإقدام[١]. قال- تعالى-: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[٢].

وشرعاً: عقوبةٌ مُقَدَّرةٌ شرعاً في معصية؛ ليَمنع من الوقوع في مثلها[٣].

والْحدود تختلف باختلاف أنواع الْجنايات، ومنها: حدّ الزّنا، وحدّ القذف، وحدّ السّكر، وحدّ السّرقة، وحدّ الحرابة أو قطع الطّريق، وحدّ الرّدّة، وسوف يأتِي تفصيل ذلك إن شاء الله في القاعدة الْخاصّة بذلك.

الدِّيةُ: مصدر وَدَى القاتلُ الْمقتولَ، إذا أعطَى وَلِيَّه المالَ الذي هو بدل النَّفسِ، ثم قيل لذلك المال: الدِّية، تسمية بالمصدر، ولذا جُمِعَتْ على الدِّيات[٤].

وفي اصطلاح الفقهاء هي: المال الواجب في إتلاف نفس الإنسان، أو عضوٍ كاملٍ من أعضائه، أو جِراحٍ، فهي إذاً بدل النّفس، أو الطّرف، أو الْجِراح[٥].

والدِّيات تختلف في الشّريعة بحسب اختلاف الْجناية، وبِحسب اختلاف الذين تلزمهم الدِّيةُ، و-أيضاً- تختلف بِحسب العمد إذا رضي

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٦/٥، المفردات ص١١٧، والهداية ٩٤/٢، والمقدّمات ٣٢١/٣، وأنيس الفقهاء ص ٦١، ومنتهى الإرادات ٢٨٣/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٦٥/٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٥٤.

(٤) انظر: طلبة الطّلبة ص ١٦٥، و٢٤٩، و٢٥٨، و٣٢٧، والمصباح المنير ص ٢٥٠.

(٥) انظر: رسالة القيرواني ص ٢٣٦، وروضة الطّالبين ٢٥٥/٩، وأنيس الفقهاء ص١٠٨، وغرر المقالة ص٢٣٥، ومعجم لغة الفقهاء ص١٨٨،والمراجع السّابقة.

بها إمّا الفريقان، وإمّا مَنْ له القَوَدُ[١].

الكفّارات: جمع: كَفَّارة، وهي لغةً: الْجَحد، والتّطغية، والسّتر، والْمَحو ومنه الكفّارات في إطلاق الفقهاء؛ لأنّها تُكَفِّر الذَّنْبَ[٢].

وفي العرف الفقهي هي: تصرُّفٌ مَخصوصٌ؛ كالإعتاق والصّيام والإطعام، أوجبه الشّرعُ لِمَحوِ ذَنْبٍ مَخصوصٍ؛ كالْحِنث باليمين ونحوه[٣].

وحكمة مشروعية أحكام الْجنايات من القصاص والحدود والدِّيات والكفّارات هي الرّدع والزّجر؛ صيانةً للنّفوس وإحيائها، والأعراض وحفظها، والأموال وإبقائها[٤].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٣٢٣/٤، و٣٤١، والمهذّب ٣٢٨/٣.
والقَوَدُ أي: القصاص. انظر: طلبة الطّلبة ص ٣٢٧، وأنيس الفقهاء ص ١٠٨.

(٢) انظر: المصباح المنير ص ٢٠٤.

(٣) انظر: طلبة الطّلبة ص ١٦٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٥٠.

(٤) انظر: إحكام الفصول ٦٢٩/٢، ف (٦٥٢)، وأنيس الفقهاء ص ١٠٨.

المبحث الأوّل: القاعدة الثّانية والخمسون [٥٢]

[الأصلُ في إقامةِ الحدود هو السُّلْطَان]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في باب شرب الخمر ضمن مسائل كتاب الحدود، في مسألة مَنْ يقيمها دليلاً للحنفية؛ حيث قال: «وأمّا مَنْ يقيمُ هذا الْحدَّ -حَدَّ شُرْبِ الْخمر- فاتّفقوا على أنّ الإمام يقيمه، وكذلك الأمرُ في سائر الحدود[١].

واختلفوا في إقامة السّادات الْحدود على عبيدهم.

فقال مالكٌ: يقيم السَّيِّدُ على عبده حدَّ الزّنا، وحدَّ القذف إذا شهد عنده الشّهودُ، ولا يفعل ذلك بِعلمِ نفسه، ولا يقطع في السّرقة إلاّ الإمام[٢]، وبه قال اللَّيثُ[٣].

وقال أبو حنيفة: لا يقيم الحدودَ على العبيد إلاّ الإمام[٤].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٩٦، وبدائع الصّنائع ٥/٥٢٤، والتّمهيد ١٢/٢١٨، وإجماع ابن المنذر ص ٧١، ف (٦٥٨)، وتفسير القرطبي ٦/١٤٨.

(٢) وهو مذهب الحنابلة.
انظر: التّمهيد ١٢/٩٢-٩٣، والاستذكار ٦/٥١٥-٥١٧، والمنتقى ٩/١٥٩، و١٩٠، و٢٣٦، وبداية المجتهد ٣/٣٩٢، وعقد الجواهر ٣/١١٥٠، والذّخيرة ١٢/٨٥، والمغني ١٢/٣٣٦، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٦/١٧٠-١٧٦، ومنتهى الإرادات ٢/٢٨٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٦٦، و١٦٨.

(٣) انظر: التّمهيد ١٢/٩٣.

(٤) أو السَّيِّدُ بإذن الإمام. انظر: مختصر القدوري ص ١٩٦، وبدائع الصّنائع ٥/٥٢٣، و٥٢٤، والهداية ٢/٩٨.

وقال الشّافعي: يقيم السَّيِّدُ على عبده جَميعَ الْحدودِ[١]، وهو قول أحمد[٢]...

فعمدة مالك الحديث المشهور: أنّ رسول الله ﷺ سُئِلَ عن الأَمَة إذَا زَنَتْ ولَم تُحْصَنْ؟ فقال: (إنْ زَنَتْ فاجْلدُوها، ثُمَّ إنْ زَنَتْ فاجْلدُوهَا، ثُمَّ إنْ زَنَتْ فاجْلدُوهَا، ثُمَّ بيعُوها ولَو بضَفير)[٣].

وقوله ﷺ: (إذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحْدكُمْ فَلْيَجْلدْها)[٤].

وأمّا الشّافعي فاعتمد مع هذه الأحاديث ما رُوِيَ عنه ﷺ من حديث عَليّ أنّه قال: (أَقيموا الْحُدُودَ على ما مَلَكَت أَيْمَانُكُم)[٥]، ولأنّه أيضاً مَروِيٌّ عن جماعةٍ من الصّحابة، ولا مُخالِفٌ لَهم؛ منهم: ابن عمر وابن مسعود وأنس[٦].

---

(١) انظر: مختصر المزني ص ٣٤٩، والمهذّب ٣/٥٣٨-٥٤٠، وروضة الطّالبين ١٠/٩٩، و١٠٢-١٠٥.

(٢) وبه قال الظّاهرية. انظر: المغني ١٢/٣٣٤-٣٣٧، ومنتهى الإرادات ٢/٢٨٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٦٦-١٦٧، والمحلّى ١٢/٦٢، و٧٣، و٧٦، و٧٩.

(٣) تقدّم تخريجه من أدلّة القاعدة [٤٩]، وقال في بدائع الصّنائع ٥/٥٢٤: «وهذا أيضاً نَصٌّ في الباب».

(٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه الشّيخان بلفظ: «إذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحْدكُم فَتَبَيَّن زِنَاها فَلْيَجْلدْها الْحَدَّ ولا يُثَرِّبْ عَلَيْهَا...»، صحيح البخاري ١٢/١٧١، في الموضع السّابق، برقم: (٦٥٩٩)، ومسلم في صحيحه ٣/١٣٢٨، في الموضع السّابق، برقم: (١٧٠٣)، واللّفظ له.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٣٣٠، كتاب الحدود، باب تأخير الحدّ عن النّفساء، برقم: (١٧٠٥).

(٦) أورد آثار ابن عمر، وابن مسعود، وأنس رضي الله عنهم الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ١٢/٩٣.

=

وعمدة[١] أبي حنيفة الإجماع على أنّ **الأصلَ في إقامة الحدود هو السُّلْطَانُ**»[٢].

توثيقها:

هذه القاعدة محلّ الاتّفاق بين أهل العلم، لا خلاف بينهم أنّ أَولَى النّاس بالقضاء هو الخليفة إذا كان عالماً بوجوه القضاء، وإلاّ استخلف في ذلك مَنْ هو كفءٌ[٣]، وورد مفاد القاعدة في كتب الفقهاء منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «فصلٌ: وأمّا شرائط جواز إقامتها؛ فمنها ما يعمّ الْحدودَ كلَّها، ومنها ما يَخُصّ البعض دون البعض، وأمّا الذي يَعمّ الْحدودَ كلَّها فهو الإمامة، وهو أن يكون الْمقيمُ للحدّ هو الإمام، أو مَنْ وَلاَّهُ الإمام»[٤].

ما جاء في الاستذكار: «قال مالكٌ: ذلك إلى اجتهاد الإمام،

=

وروي عن ابن أبي ليلَى قال: أدركت بقايا الأنصار يضربون الوليدة من ولائدهم إذا زنت في مجالسهم.

انظر: التّمهيد ١٢/٩٣، والاستذكار ٦/٥١٦، والمغني ١٢/٣٣٥.

ولأنّ السّلطان إنّما مَلَكَ الإقامة لتسلُّطه على الرّعية، وتَسلُّطُ الْمَولَى على مَملُوكه فوق تَسلُّط السُّلْطان على رعيته؛ ألا تَرَى أنّه يَمْلكُ الإقرار عليه بالدَّين، ويَمْلكُ عليه التّصرّفات، والإمام لا يَملك شيئاً من ذلك؛ فلَمّا ثبت الجواز للسُّلْطان فالْمَولَى أولَى، ولهذا مَلَكَ إقامةَ التّعزير عليه كذا الْحدَّ.

وللحنفية اعتراضاتٌ وأجوبةٌ من المعقول عن أدلّة الجمهور،ولكنها لا تكفي لترك الأحاديث الصّحيحة. انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢٤.

(١) ولَهم تَعليلاتٌ أخرى يأتي ذكرها في فقرة من أدلّة القاعدة إن شاء الله تعالى.

(٢) بداية المجتهد ٤/٣٩٦-٣٩٧.

(٣) انظر: الاستذكار ٦/١٦٢، وبداية المجتهد ٤/٣٩٦-٣٩٧.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٥٢٤.

يستشير بذلك أهل العلم والرّأي والفضل على قدر جُرم الْمُحارِب وإفساده، وليس ذلك إلى سوى الإمام»[١].

وفيه -أيضاً-: «الْحُدودُ إلى السّلطان...، وهو ما لا خلاف فيه»[٢].

ما جاء في المهذّب: «ولا يقيم الْحدودَ على الأحرار إلاّ الإمام، أو مَنْ فَوَّضَ إليه الإمامُ»[٣]، وفيه: «الأصل في إقامة الْحَدِّ هو الإمام»[٤].

ما جاء في روضة الطّالبين: «إقامة الْحدود على الأحرار إلى الإمام، أو مَن فَوَّضَ إليه الإمامُ، وإذا أمر باستيفائه جاز للمُفَوَّض إليه»[٥].

ما جاء في الْمغنِي: «الأصل تفويض الْحدّ إلى الإمام؛ لأنّه حقٌّ لله -تعالى-، فَيُفَوَّض إلى نائبه، كما في الأحرار»[٦].

ما جاء في المقنع: «ولا يجوز أن يقيم الْحدَّ إلاّ الإمام أو نائبه، إلاّ السَّيِّد؛ فإنّ له إقامة الْحدّ بالْجَلْدِ خاصّةً على رقيقه القِنِّ[٧]، وهل له القتلُ في

---

(١) الاستذكار لابن عبد البرّ٦/٥٦١،وانظر:التّمهيد١٢/٥١، والمنتقى٩/١٥٩، وعقد الجواهر٣/١١٥٠.

(٢) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٦/١٦٣.

(٣) المهذّب للشّيرازي ٣/٥٣٨، وانظر: روضة الطّالبين ١٠/١٠٢.

(٤) المهذّب للشّيرازي ٣/٥٤٠.

(٥) روضة الطّالبين للإمام النّووي ١٠/٩٩، وانظر: ١٠٢.

(٦) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٢/٣٣٦، وانظر: الشّرح الكبير ٢٦/١٧٥.

(٧) القِنُّ، الرّقيق الكامل الرِّقّ، إذا لم يَحصل فيه شيءٌ من أسباب العتق، أو مقدّماته؛ كالمكاتبة، والتّدبير ونحو ذلك. يستوي فيه الواحد والاثنان والجمع، والمؤنّث والمذكّر، وقد يُجمع على: أقنان، وأقنّة.

انظر:طلبة الطّلبة ص١٠٧، ومعجم لغة الفقهاء ص٣٣٨، والمصباح المنير ص١٩٧.

الرِّدّة، والقطع في السّرقة؟ على روايتين»[1]، والمذهب: ليس له ذلك[2].

ما جاء في منتهى الإرادات: «وإقامته -أي: الْحَدّ- لإمامٍ ونائبه مطلقاً»[3]، يعنِي: سواء كان الْحدُّ لله تعالى، كحدّ الزّنا، أو لآدمِيّ، كحدّ القذف[4].

ما جاء في الْمحلّى: «الْحدودُ عموماً إلى السّلطان، وهكذا نقــول، ولكن يُخَصُّ من ذلك حدود الْمَماليك إلى ساداتهم»[5].

شرح مفردات القاعدة:

الحدود، وأصل الْحدّ ما يَحجز بين شيئين؛ فيمنع اختلاطهما، وحدّ الدّار ما يُميّزها، وحدّ الشّيء وصفه الْمُحيط به الْمُمَيِّز له عــن غــيره، وسُمِّيت عقوبة الزّانِي ونحوه حَدّاً لكونها تَمنعه الْمعاودة، أو لكونها مُقَدَّرَةً من الشّارع، وللإشارة إلى الْمنع سُمِّيَ البواب حداداً[6].

وتُطْلَق الْحدودُ ويراد بها المعاصي نفسها؛ كقوله: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا﴾[7]، وقوله -تعالــى-: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾[1]، وقوله

---

(١) الشّرح الكبير لشمس الدِّين ابن قدامة ٢٦/١٧٠-١٧١.

(٢) واقتصر عليه الفتوحي في منتهى الإرادات ٢/٢٨٣، ولم يذكر غيره، وصحّحه ابن قدامة، انظر: الشّرح الكبير والإنصاف ٢٦/١٧٥.

(٣) منتهى الإرادات للفتوحي ٢/٢٨٣، وانظر: المغنِي ١٢/٣٣٥، وشــرح منتــهى الإرادات ٦/١٦٨.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ٦/١٩٨.

(٥) المحلّى للإمام ابن حزم ١٢/٧٦.

(٦) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢٤، والمهذّب ٣/٥٦٨.

(٧) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

-تعالى-: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[٢]، وكأنّها لَمّا فصلت بين الحلال والْحرام سُمِّيت حدوداً، فمنها ما زجر عن فعله، ومنها ما زجر من الزّيادة عليه والنّقصان منه[٣].

وأمّا قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحَادُّونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ كُبِتُوا كَمَا كُبِتَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾[٤]، وقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحَادُّونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَٰئِكَ فِي الْأَذَلِّينَ﴾[٥]؛ فهو من الْمُمَانعة، ويُحتمل أن يراد استعمال الْحديد إشارةً إلى الْمقاتلة[٦].

السّلطان: الإمام الأعظم، والْخليفة، والْمَلْكُ، والأمير، والوالي، ووليّ أمر الْمسلمين، وهو كلّ مَنْ له حَقُّ الإجبار في جهاز الْحكم في الدّولة[٧].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة سهلة التّركيب، ظاهرة المراد، واضحة المعنَى ومفهومة المغزَى.

أسباب الْحدود أنواعٌ

صان الله -سبحانه وتعالى- الأنفس والعقول والأعضاء والأعراض والأموال بشرع الْحدود، حفظاً لاستمراريّتها، وقد حصر بعض أهل العلم ما قيل بوجوب الْحدّ فيه في سبعة عشر سبباً، منها ما هو مُتَّفَقٌ

=

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٢) سورة الطّلاق، الآية: ١.

(٣) انظر: تفسير السّعديّ ص ٨٧، و١٠٢، و٨٧٠.

(٤) سورة الْمجادلة، الآية: ٥.

(٥) سورة الْمجادلة، الآية: ٢٠.

(٦) انظر: المفردات ص١١٧، وتفسير السّعديّ ص ٨٤٥، و٨٤٨، والمهذّب ٥٢٧/٣، وفتح الباري ٥٩/١٢، وشرح منتهى الإرادات ١٦٥/٦.

(٧) انظر: المفردات ص ٢٤٤، ومختار الصّحاح ص ٣٠٩، والمصباح المنير ص ١٠٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٢٢.

عليه، ومنها ما هو مُخْتَلَفٌ فيه.

أمّا الْمُتَّفق عليه فمنها[١]: الزّنا، والقذف به، والسّكر، والسّرقة، والْحرابة ما لَم يتب قبل القدرة، والرِّدَّة، والخيانة.

وأمّا الْمختلف فيه فمنها[٢]: جَحد العارية، وشرب ما يُسكر كثيره من غير الْخمر، والقذف بغير الزّنا، والتّعريض بالقذف، واللّواط، وإتيان البهيمة، والسّحق، وهو سَحق المرأة للمرأة، وتَمكين المرأة القرد وغيره من الدّواب من وطئها، والسّحر، والزّندقة، وسبّ الله وسبّ الأنبياء، وترك الصّلاة تكاسلاً، وتعمُّد الفطر في رمضان من غير عذرٍ[٣].

والْحدودُ كلّها أربعة أقسامٍ لا خامس لها هي[٤]:

---

(١) انظر كتاب الحدود في: مختصر القدوري ص ١٩٥-٢٠١، وبدائع الصّنائع ٤٨٦/٥ فما بعدها، و٦/٥، فما بعدها، و٤٧، والهداية ٩٤/٢-١٣٤، والمعونة ١٣٧٣/٣، و١٤٠٢ فما بعدها، والتّمهيد ٧٤/١٢-٧٨، و٩٥، و١١٤، والاستذكار ٥٢٠/٦، و٥٢٦، والمنتقى ١٦٢/٩، و٢٠٦، و٢٣٩، وعقد الجواهر ١١٣٨/٣، فما بعدها، والقوانين الفقهية ص ٢٢٦، وشرح حدود ابن عرفة ٦٣٢/٢-٦٦٠، ومختصر المزني ص ٣٤٩-٣٥٦، وإجماع ابن المنذر ص ٦٩-٧١، والمهذّب ٥٢٧/٣-٥٩٠، وروضة الطّالبين ٦٤/١٠، فما بعدها، والمغني ٣٠٧/١٢-٤٩٢، ومنتهى الإرادات ٢٨٣/٢، فما بعدها، ومراتب الإجماع ص ١٢٩، فما بعدها، والمحلّى ٣/١٢ فما بعدها، وفتح الباري ١٨٢/١٢.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: رسالة القيرواني ص ٢٤٠-٢٤٤، والقوانين الفقهية ص ٢٢٦، و٢٣٩، وحدود ابن عرفة ٦٣٥/٢، والمهذّب ٥٣٥/٣-٥٣٦، والمغني ٣٤٨/١٢، و٣٥١، وفتح الباري ٥٩/١٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٥٤.

(٤) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٣٢، وشرح حدود ابن عرفة ٦٣٢/٢، والمهذّب ٥٢٨/٣-٥٣١، وروضة الطّالبين ٨٦/١٠-٩٢، والمغني ٣٠٩/١٢، و٣١٤-
=

القسم الأوّل: الإماتة، وهي أنواعٌ؛ إمّا بصلبٍ في الْحرابة، أو بقتلٍ بسيفٍ في القصاص، أو بَرجمٍ بالْحجارة وماجرى مجراها، وذلك في الزّاني الْحرّ الْمُحصَن، والْحرّة الْمُحصَنة.

القسم الثّاني: الْجَلْدُ، وهو عقوبةٌ للجناية على الأعراض، وعلى العقول، وعلى الأبضاع؛ كالزّنا والقذف، وهو -أيضاً- أنواع: جَلْدُ مائةٍ وتغريب عامٍ إلى بلد آخر يُسجَن فيه، وذلك للرّجل الْحُرِّ الغير الْمُحصَن، أمّا الْحُرَّةُ غير الْمُحصَنة فلا تغريب عليها عند المالكية، وإمّا خمسون جَلْدةً دون تغريب، وذلك في العبد والأمة، وكلّ مَنْ فيه بقيةُ رقٍّ، سواء كان مُحصَناً أو غير مُحصَنٍ.

القسم الثّالث: النّفي، وهو عقوبةٌ لجناية على الأعراض، وفسادٍ في الأرض.

القسم الرّابع: القطع، وهو عقوبةٌ لمثله عدلاً، أو عقوبة السّارق.

أمّا الْمُتّفق عليها من الْحدود فهي:

حدّ الزّنا، وهو كلّ وطءٍ وَقَعَ على غير نكاحٍ صحيحٍ، ولا شبهة نكاحٍ، ولا مِلْكِ يَمين، وحَدُّه نوعان:

أحدهما: رَجْمٌ بالْحجارة حتّى الموت في حقّ الْمُحْصَن.

والنّوع الثّاني: جَلْدُ مائةٍ والتّغريب في حقّ غير الْمُحصَن[1]، وقد

=

٣١٧، و٣٢٢، و٣٣١-٣٣٣، وإعلام الموقّعين ص ٣٦٨، والْمحلّى ١٢/٦٨، و١٦٧-١٦٩-١٨٥، و٢١٩.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٩٥، وبائع الصّنائع ٥/٤٨٦، والهداية ٢/١٠٠، وبداية المجتهد ٤/٣٧٣، وعقد الجواهر ٣/١١٤٤، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٦٣٦،

=

بيّن الله تعالى وعلى لسان نَبِيِّه ﷺ أنّ الزّاني البكر غير الْمُحصَن يُجْلَدُ مائة جلدة ويُغرَّب، ويُرجَم إن كان ثَيِّباً مُحْصَناً[1]، وأمّا الْجَلْدُ، فلقوله - تعالى-: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾[2].

وأمّا الرَّجْم فلحديث عمر بن الخطاب ﷺ وهو جالسٌ على مِنْبَر رسول الله ﷺ : إنّ الله قد بعث محمّداً ﷺ بالحقّ، وأَنْزلَ عليه الكتاب، فكان ممّا أُنْزِلَ عليه آية الرّجْم[3]، قرأناها، ووعيناها، وعقلناها، فرجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده، فأخشى إن طالَ بالنّاس زمانٌ، أن يقولَ قائلٌ: ما نَجدُ الرّجم في كتاب الله؛ فيَضلّوا بترك فريضة أَنْزلَها الله، وإنَّ الرّجمَ في كتاب الله حقٌّ على مَنْ زَنَى إذا أحصن من الرّجال والنِّساء، إذا

=

والمهذّب ٥٢٨/٣، والمقنع ٢٣٧/٢٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٥٤، و٢٠٩.

(١) انظر: المعونة ١٣٧٣/٣، والاستذكار ٥٧١/٦، و٤٨١-٤٨٥، و٥٠٩، وتفسير القرطبي ١٤٩/٦، وشرح مسلم ١٨٩/١١، وفتح الباري ١٢٠/١٢، و١٦٣.

(٢) سورة النّور، الآية: ٢.

(٣) زاد في رواية موطّأ الإمام مالك ٨٢٤/٢: «فقد رجم رسول الله ﷺ ، ورجمنا، والذي نفسي بيده، لولا أن يقولَ النّاسُ: زاد عمر بن الخطاب في كتاب الله تعالى لَكَتَبْتُها: {الشَّيخُ والشَّيخَةُ فَارْجُمُوهُمَا أَلْبَتَّةَ}؛ فإنّا قد قرأناها»، قال الإمام مالك في الموطّأ ٨٢٤/٢: قوله: «الشّيخُ والشّيخَةُ، يعني: الثَّيِّبَ والثَّيِّبَةَ فارْجُمُوهُمَا»، قال الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ٦٤/١٤، و٦٦: «هذا حديثٌ مسنَدٌ صحيحٌ»، وانظر: التّمهيد ٥١/١٢، و٥٦، والاستذكار ٤٨٤/٦، و٤٩٥، و٤٩٧، و٥٠٩، والمنتقى ١٤٦/٩، و١٤٨-١٥٠، والمقدّمات ٢٤٣/٣، والمغني ٣٠٩/١٢، وشرح مسلم ١٩٢/١١، وفتح الباري ١٤٧/١٢.

قامت البيّنةُ، أو كان الْحَبلُ، أو الاعتراف[١].

حدّ السّرقة، وهي: أَخْذُ ما هو مَملوكٌ للغير على وجه خفيةٍ من الأعين[٢]، وحَدُّ السّرقة الموجبة للقطع هي: أخذ المكلَّف مالاً بلغ نصاباً[٣]، خالياً من المِلك وشبهته من حرزه[٤] المعتاد خفيةً، إذا توفّرت شروطه[٥]، لقول الله تعالى: ﴿**وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**﴾[٦]؛ فبيّن الله تعالى أنّ السّارق تُقطَع يده[٧].

حدّ القذف، وهو رَميُ الغير بالزّنا[٨]، وحَدُّهُ ثَمانون جَلدة، قال

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١٢/١٤٨، كتاب المحاربين من أهل الكفر والـرِّدّة، باب رجم الْحُبْلَى في الزّنا إذا أحصنت، برقم: (٦٥٩٢)، ومسلم في صحيحه ٣/١٣١٧، كتاب الحدود، باب رجم الثّيب في الزّنا، برقم: (١٦٩١)، واللّفظ له.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع٦/٥، و٩،و١٨، والهداية٢/١١٤، وحدود ابن عرفة ٢/٦٤٩، والمهذّب٣/٥٥٧، وروضة الطّالبين١٠/١٣٣،والمغني١٢/٤١٦، وأحكام ابن العربي٢/١٠٣، وشرح مسلم١١/١٨١.

(٣) نصاب القطع هو: المقدار الذي يجب قطع اليد بسرقته بشروطه. انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٤٥١.

(٤) الْحِرز، هو ما نُصبَ عادةً لحفظ أموال النّاس، وهو يَختلف في كلّ شيءٍ بِحسب حالَه؛ لذا قيل: حِرْزُ كلّ مالٍ بحسبه.
انظر: التّمهيد ١٢/١١٥-١١٦، والاستذكار ٦/٥٦٣، والمنتقى ٩/٢١٩، وعقد الجواهر ٣/١١٦٤، والمغني ١٢/٤٢٧، وتفسير القرطبي ٦/١٥٤، و١٦١، تفسير السّعدي ص ٢٣١، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٥٧.

(٥) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢١٧.

(٦) سورة المائدة، الآية: ٣٨.

(٧) انظر: تفسير القرطبي ٦/١٤٩.

(٨) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٩٧، والاستذكار ٦/٥٣٥، والمنتقى ٩/١٦٣-١٦٥، =

الله -تعالى-: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ﴾[1].

حَدُّ الرِّدَّة، وهي قطع الإسلام من مُكَلَّف عالماً مختاراً، أو هي: الخروج عن الإسلام بإتيان ما يُخرِج عنه قولاً أو اعتقاداً أو فعلاً متعمِّداً عالماً مختاراً[2]، وحَدُّهَا القتل لقوله ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فاقْتُلُوه»[3]،والرّجل والمرأة في ذلك سواء على الصّحيح لعموم الحديث[4].

حدّ الحرابة ما لَم يَتب قبل القدرة، وهي أَنْ يحمل على النّاس في مصرٍ أو بَرِّيةٍ، ويكابرهم عن أنفسهم وأموالهم دون نائرةٍ، ولا ذَحْلٍ ولا عداوةٍ[5]، ولا فرق بين مصرٍ وغيره؛ لأنّ كلّ فعلٍ يُوجِب حدّاً في

=

والمغني ١٢/٣٨٣، وفتح الباري ١٢/١٧٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٢٧.

(١) سورة النّور، الآية: ٤.

(٢) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٩٨.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [١٧]، مسألة دخول النّساء في خطاب النّاس.

(٤) انظر: عقد الجواهر ٣/١١٤٠، وحدود ابن عرفة ٢/٦٣٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/٢٨٦، والمحلّى ١٢/١٠٨، وفتح الباري ١٢/٢٨٠.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٤٧، والهداية٢/١٣٢، والاستذكار ٦/٥٥٩-٥٦١، والمنتقى٩/٢٠٦-٢٠٧، وعقد الجواهر ٣/١١٧٢، وحدود ابن عرفة ٢/٦٥٤، وأحكام ابن العربي ٢/٩٤، و٩٥، وروضة الطّالبين ١٠/١٥٤، والمغني ١٢/٤٧٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/٢٣١، والمحلّى ١٢/٢٧٢، وتفسير القرطبي ٦/١٤٤.

الصّحراء؛ فإنّه يُوجِب مثله في الحضر؛ كالسّرقة، وشرب الخمر، والزّنا، كما لا فرق بين المال الكثير والقليل[١].

قال في أحكام القرآن: «وقد شرح ذلك مالكٌ شرحاً بالغاً فيما رواه ابن وهب عنه...: المحاربُ الذي يقطعُ السَّبيل، وينفِّر النّاسَ في كلّ مكان، ويُظهِر الفسادَ في الأرض وإن لم يقتل أحداً، إذا ظهر عليه يقتل، وإنْ لم يقتل فللإمام أن يَرَى فيه رأيَهُ بالقتل، أو الصّلب، أو القطع، أو النَّفْي، قال مالكٌ: والْمُسْتَتِرُ في ذلك والْمُعْلِن بِحرابته سواء»[٢].

والحرابة هي مصطلحٌ شرعِيٌّ لِعمليّةٍ معيَّنة ينطبق عليها في عُرْفِ هذا العصر (الإرهاب)، وفاعلها (الإرهابِي)، والمصطلح الشّرعِيّ أَولَى؛ لأنّ تعاليم الإسلام تَمنع من الفساد في الأرض، وإخافة النّاس، وزعزعة الأمن، وقتل الغيلة التِي أقبح من الظّاهرة؛ لذلك دخل العفو في قتل الْمُجَاهَرة، فكان قصاصاً، ولَم يدخل في قتل الغِيلة؛ فكان حَدّاً[٣].

وحَدُّهَا: إمّا القتل أو الصّلب أو القطع أو النَّفي[٤]، وهو الْمُبَيَّن في قول الله -تعالى-: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾[٥].

والإمام مُخَيَّرٌ في الحكم على المحاربين، يحكم عليهم بأيّ الأحكام

---

(١) انظر: المنتقى ٩/٢٠٨.

(٢) أحكام ابن العربي ٢/٩٤، وانظر: تفسير القرطبِي ٦/١٤٤-١٤٥.

(٣) انظر: أحكام ابن العربي ٢/٩٥-٩٧.

(٤) انظر: عقد الجواهر ٣/١١٧٣، وحدود ابن عرفة ٢/٦٥٧.

(٥) سورة المائدة، الآيتان: ٣٣-٣٤.

التي أوجبها الله -تعالى- من القتل أو الصّلب أو القطع أو النّفي بظاهر الآية، بناءً على أنّ ﴿ أَوْ ﴾ في الآية للتّخيير[١].

ولا يُراعَى نصابٌ في المال الذي يأخذه المحاربُ كما يُراعَى في السّارق، ولا توقيت في قدر المال، بل يحكم عليه بحكم المحارب على الصّحيح[٢].

كما لا يُراعَى التّكافؤ بين الْمُحَارِب والمقتول على الصّحيح، فلا تُعْتَبَرُ الْمُكافأة بينهما، ولأجل ذلك لا يُراعَى مالُ مسلمٍ من مال كافرٍ؛ لأنّ القتل ههنا ليس على مُجرّد القتل، وإنّما هو على الفساد العام من التّخويف وسلب المال؛ فإن انْضَافت إليه إراقةُ الدّم فَحُشَ، ولأنّ الله أمر بإقامة الحدود على المحارب إذا جمع بين شيئين: محاربةً وسعياً في الأرض بالفساد، ولم يخصّ شريفاً من وضيعٍ، ولا رفيعاً من دنيء[٣].

والسّارق إذا دخل بيتاً بالسّلاح، يطلب المال؛ فإنْ مُنِعَ منه أو صِيحَ عليه وحارب عليه؛ فهو مُحَارِبٌ؛ يُحْكَم عليه بِحكم الْمحارِب[٤].

---

(١) انظر: أحكام ابن العربي ٢/٩٥-٩٩، وتفسير القرطبي ٦/١٤٥، وتفسير السّعديّ ص ٢٣٠، وانظر أيضاً: الاستذكار ٦/٥٦١-٥٦٣، والمنتقى ٩/٢١٠-٢١١، وعقد الجواهر ٣/١١٧٣، ومختصر الخرقي والمغني ١٢/٤٧٥-٤٨٣.

(٢) انظر: الهداية ٢/١٣٢-١٣٣، وعقد الجواهر ٣/١١٧٢-١١٧٥، والمهذّب ٣/٥٧٧-٥٨١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٧/٧-١٠-١٥، وتفسير القرطبي ٦/١٤٧، وتفسير السّعدي ص ٢٣٠.

(٣) انظر: المراجع السّابقة، وأحكام ابن العربي ٢/١٠١، وتفسير القرطبي ٦/١٤٧.

(٤) هنا مقولةٌ جَميلةٌ لابن العربي في أحكامه ٢/٩٥ قال: «ولقد كنتُ أيّام تولية القضاء قد رُفِعَ إليَّ قومٌ خرجوا مُحارِبين إلى رُفقة، فأخذوا منهم امرأةً مغالبةً على نفسها من زوجها، ومن جملة المسلمين معه فيها فاحتملوها، ثم جَدَّ فيهم الطّلبُ فأُخِذُوا، وجِيءَ بهم، فسألت مَنْ كان ابتلاني الله به من الْمُفْتِين؛ فقالوا: ليسوا =

والمغتال كالمحارب، وهو الذي يحتال في قتل إنسان على أَخْذ ماله، وإن لم يُشْهِر السّلاح، لكن دخل عليه في بيته أو صحبه في سفرٍ فأطعمه سُمّاً فقتله فيقتل حَدّاً لا قَوَداً[١].

وإذا قام الْمُحاربون أو خرجوا فاقتتلوا مع القافلة، فقتل بعضهم و لم يقتل البعض الآخر، قُتِلَ الْجميع على الصّحيح[٢].

حَدُّ شُرب الْخمر، وهو أربعون[٣] جلدة؛ لحديث أنس بن مالك رضي الله عنه ، أنّ النّبيّ ﷺ أُتيَ بِرَجلٍ قد شَرِبَ الْخمرَ؛ فَجَلَدَهُ بِجَرِيدَتَين، نَحوَ

=

مُحَاربين؛ لأنّ الحرابة إنّما تكون في الأموال لا في الفروج.

فقلتَ لَهم: إنّا لله وإنّا إليه راجعون! أَلَم تعلموا أنّ الْحرابة في الفروج أَفْحَشُ منها في الأموال؟! وأنّ النّاسَ كلَّهم لَيرضون أن تذهبَ أَمْوالُهُم، وتُحْرَبَ من بين أيديهم، ولا يُحرَب الْمَرْءُ من زوجته وبنْته، ولو كان فوقَ ما قال الله عقوبةٌ لكانت لِمَن يَسْلبُ الفروج، وحَسبُكُم مِن بلاء صُحبة الْجُهّال، وخصوصاً في الفتيا والقَضاء»، وانظر: تفسير القرطبي ١٤٧/٦، و١٤٩.

(١) انظر: الهداية ١٣٢/٢-١٣٣، وعقد الجواهر ١١٧٢/٣-١١٧٥، والمهذّب ٥٧٨/٣-٥٨١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٧-٧-١٠-١٥، وتفسير القرطبي ١٤٤/٦، وتفسير السّعديّ ص ٢٣٠.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) هذا الذي استقرّ عليه الأمر في عهد رسول الله ﷺ ، وأبي بكر الصّدّيق رضي الله عنه، وأوّل عهد عمر رضي الله، ثم دَنا النّاسُ في عهده من الرِّيف والقُرَى، قال: ما ترون في جَلْد الْخَمْر؟ فقال عبد الرّحمن بن عوف: أرَى أن تَجْعَلَها كَأخَفِّ الْحُدود، قال: فَجَلد عُمر ثَمانين.

أخرجه مسلم في صحيحه ١٣٣١/٣، كتاب الحدود، باب حدّ الْخمر، برقم: (١٧٠٦/٣٦). وانظر: بدائع الصّنائع ٤٩٦/٥.

أربعين[١].

وبالجملة؛ فالْحدودُ الشّرعيةُ مَوانِعُ قَبْلَ الوقوع، وجَوَابِرُ وزَوَاجِرُ بعد الوقوع، وهذه هي الحكمة السّامية التي تصبو إليها الشّريعة الإسلامية، جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، وزجر عاصٍ عن المعصية[٢]، وإليه الإشارة بقول الله -تعالى-: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُوْلِي الْأَلْبَـٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾[٣]، أي: تنحقن بذلك الدِّماءُ، وتنقمع به الأشقياء؛ لأنّ مَنْ عرفَ أنّه مقتولٌ إذا قتل، لا يكاد يصدر منه القتل، وإذا رؤي القاتل مقتولاً، انذعر بذلك غيره وانزجر، وهكذا سائر الحدود الشّرعية، فيها من النّكاية والانزجار ما يدلّ على حكمة الحكيم الغفّار[٤].

والذي يَمْلكُ ولاية تنفيذ هذه الْحدود وإقامتها هو خليفة الله في الأرض، وهو الإمامُ أو نائبه وكلُّ مَن يُفَوِّضُ الإمام أمرها إليه، هذا هو الأصل إلاّ أن يقوم دليلٌ على خلافه.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٦٤/١٢، كتاب الحدود،باب ما جاء في شارب الْخَمر،برقم: (٦٥٣٦)، ومسلم في صحيحه ١٣٣٠/٣، كتاب الحدود، باب حدّ الْخمر، برقم: (١٧٠٦)، واللّفظ له.

(٢) انظر:بدائع الصّنائع ٤٨٦/٥، و٤٨٧، و٥٢٢، والمنتقى ١٨٥/٩، وإحكام الفصول ٦٢٩/٢، ف (٦٥٢)، وقواعد الأحكام ١٧٨/١-١٩٥، وإعلام الموقّعين ص ٣٦٨، و٣٧٦، وشرح منتهى الإرادات ١٦٥/٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٧٩.

(٤) انظر: الفروق ١٤١/١، وتفسير السّعدي ص ٨٥، وطلبة الطّلبة ص ١٧٥.

تقدّم في مطلع القاعدة أنّ مفادها محلّ الاتّفاق بين أهل العلم، وهو أنّ إقامة الحدود وتنفيذها أمرٌ موكولٌ إلى الإمام شرعاً، وأنّه اختصاصٌ من اختصاصاته، وله أن يستخلف غيره فيها، كلّ هذا مجمعٌ عليه في الجملة، صيانةً للدّماء والأموال، وحسماً لأسباب الاختلاف والتّفرّق والتّنازع.

إلاّ أنّ الاختلاف واقعٌ في دخول الاستثناء في القاعدة وعدمه، وهل يُخصّص منها السّادات في إقامة الحدود على مَماليكهم؟

والصّحيح أنّ السّادات مستثنون من القاعدة بالنّسبة لإقامة حدّ الزّنا على أرقّائهم؛ وذلك لثبوته بالسّنة الصّحيحة الثابتة سبق ذكرها.

والصّحيح -أيضاً- أنّ ذلك لا يتعدّى حدّ الزّنا القاصر على الضّرب فقط دون أَخْذِ شيءٍ من أعضاء الرّقيق، وأمّا الحدود التي من شأنها أَخْذُ شيءٍ من أعضاء الإنسان فلا يكون للسّادات إقامتها على مَماليكهم لعدم ورود دليلٍ في ذلك، وإنّما ورد دليلٌ في إقامتها على الإماء في حدّ الزّنا خاصّة، وقيس عليها العبيد، وهو لا يتجاوز الضّرب في حقّ الأرقاء؛ لأنّهم لا يُرجَمون إجماعاً[١]. والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

وأمّا ما رواه الإمام مالك عن عائشة -رضي الله عنها- أنّها أمرت بقطع يد العبد[٢]؛ فَمحمولٌ على أنّه حُمِلَ إلى الأمير فثبت اعترافه عنده

---

(١) انظر: التّمهيد١٢/٨٩-٩٣، والاستذكار٦/٥١٥-٥١٧، والمهذّب ٣/٥٢٨، و٥٣٨-٥٤٠، وروضة الطّالبين١٠/١٠٣، والمغني١٢/٣٣٦-٣٣٧، والمقنع والشّرح الكبير٢٦/١٧١-١٧٦، ومنتهى الإرادات ٢/٢٨٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٦٨، والمحلّى ١٢/٦٩، و٧٣-٧٩، وشرح مسلم ١١/٢١٢.

(٢) أخرجه مالكٌ في الموطّأ ٢/٨٣٢-٨٣٣، كتاب الحدود، باب ما يجب فيه القطع، =

فقطعه[١].

وقد رأى بعض أهل العلم إقامة السّادات حدّ الزّنا على أرقائهم مِن باب التّأديب، فلا يدخل في باب الحدود أصلاً، فتكون قاعدةً باقيةً على عمومها وإطلاقها[٢].

إذا ثبت هذا؛ فإنّ الإمام له مُطلق الحقّ لاستخلاف غيره في إقامة الحدود، وينيط إليه أمرَها، ويُخوّله شأنَها.

والاستخلاف في إقامة الحدود نوعان: تَنصيصٌ وتوليةٌ، أمّا التّنصيص فهو أن يَنُصَّ على إقامة الحدود؛ فيجوز للخليفة إقامتها بلا شكّ.

وأمّا التّولية، فهي أيضاً على ضربَين: عامّةٌ وخاصّةٌ؛ فالعامّة هي أن يُوَلِّي رجلاً ولايةً عامّةً؛ مثل: إمارة إقليمٍ أو بلد عظيمٍ؛ فيملك الْمُوَلَّى إقامةَ الْحدود وإن لَم يَنُصَّ عليها؛ لأنّه لَمّا قَلَّدَهُ إمارةَ ذلك البلد فقد فَوَّضَ إليه القيام بِمصالِحِ الْمسلمين، وإقامة الحدود معظم مصالِحهم؛ فيملكها، إلاّ أن يوجد مانعٌ.

وأمّا التّولية الخاصّة فهي أَنْ يُوَلِّي رجلاً ولايةً خاصّةً؛ مثل: جباية الْخراج، ونحو ذلك؛ فلا يَملك إقامةَ الْحدود؛ لأنّ هذه التّولية لَم تتناول إقامة الحدود.

ولو استعمل أميراً على الجيش الكبير؛ فإن كان أميرَ مصرٍ أو مدينةٍ فغزا بِجنده؛ فإنّه يَمْلك إقامة الحدود في معسكره؛ لأنّه كان يَملك الإقامة

=

برقم: (٢٥).

(١) انظر: المنتقى ٩/١٩٣.

(٢) انظر: روضة الطّالبين ١٠/١٠٣، والمغني ١٢/٣٣٦، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٦٨.

في بلده، فإذا خرج بأهله أو ببعضهم مَلَكَ عليهم ما كان يَملك فيهم قبل الخروج، إلاّ أن يوجد مانعٌ.

وأمّا مَنْ أخرجه أميرُ البلد غازياً و لم يكن يَملك إقامة الحدود قبل الخروج، ولَم يُفَوَّض إليه الإقامة بعد الخروج؛ فلا يَملكها إلاّ بنصٍّ[1].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بالإضافة إلى ما تقدّم بما يلي:

١-ما أُثِّر عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- أنّه قال: الزّكاة، والحدود، والفيء، والْجمعة إلى السّلطان[2]، قال في الْمُحلّى: «ما نعلم لهم شُبهةً غير هذا، وكلّ هذا لا حُجة لهم فيه؛ لأنّه ليس في شيءٍ مِمّا ذكروا: أَنْ لا يقيم الْحدودَ على الْمَماليك ساداتُهم، وإنّما فيه ذِكر الْحدود عموماً إلى السّلطان، وهكذا نقول، لكن يُخَصُّ من ذلك حدود الْمماليك إلى ساداتهم بدليلٍ إن وُجِدَ»[3].

٢-ولأنّ الْحَدَّ حَقٌّ لله -تعالى-؛ لأنّ المقصد منه إخلاء العالَم عن الفساد، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد؛ فيستوفيه مَنْ هُو نائبٌ عن الشّرع، وهو الإمام أو نائبه، بخلاف التّعزير[4]؛ فإنّه حقٌّ للعبد، ولهذا يعزّر الصّبيّ[1].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢٥-٥٢٦، والاستذكار ٦/٤٩٠، ومختصر المزني ٣٤٩، والمهذّب ٣/٥٣٨، وروضة الطّالبين ١٠/٩٩، و١٠٢-١٠٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٦٦، وفتح الباري ١٢/١٠٨، وطلبة الطّلبة ص ١٨٥.

(٢) أورده ابن حزم بسنده في المحلّى ١٢/٧٦، وانظر: الهداية٢/٩٨، وسبل السّلام ٤/١١،ونيل الأوطار ٧/٢٩٦.

(٣) المحلّى لابن حزم ١٢/٧٦.

(٤) التّعزير شرعاً هو: التّأديب دون الْحدّ. انظر: أنيس الفقهاء ص ٦٢، ومعجم لغة =

٣-أنّ إقامة الْحدود ثابتةٌ للإمام بطريق التّعيين، والْمَولَى لا يساويه فيما شرع له بهذه الولاية؛ فلا يثبت له ولاية الإقامة استدلالاً بولاية إنكاح الصّغير والصّغائر؛ لأنّها لَمّا ثبتت للأقرب لَم تَثبت لِمَن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو الأبعد[٢].

٤-ولأنّ ولاية إقامة الْحدّ إنّما ثبتت للإمام لِمصلحة العباد، وهي صيانة أنفسهم وأموالهم وأعراضهم؛ لأنّ القضاةَ يَمتنعون من التّعرّض خوفاً من إقامة الْحدّ عليهم، والْمولَى لا يساوي الإمام في هذا المعنَى؛ لأنّ ذلك يقف على الإمامة، والإمام قادرٌ على الإقامة لشوكته ومنعته وانقياد الرّعية له طوعاً أو قهراً وجبراً، ولا يخاف تبعة الجناة وأتباعهم؛ لانعدام المعارضة بينهم وبين الإمام.

٥-ولأنّ تُهمة الْميل والْمحاباة والتّواني عن الإقامة مُنتفيةٌ في حقّ الإمام؛ فيقيم على وجهها؛ فيحصل الغرضُ المشروعُ له الولاية بيقين، أمّا غير الإمام فربّما يقدر على الإقامة نفسها وربّما لا يقدر لِمعارضة العبد إيّاه[٣].

٦-ولأنّ الْحدود مفتقرةٌ إلى الاجتهاد، ولا يؤمن فيه الْحيفُ، فوجب تفويضه إلى نائب الله تعالى في خلقه، لأنّ النَّبيّ ﷺ كان يقيم الْحدودَ في حياته، وكذا خلفاؤه من بعده[٤].

من تطبيقات القاعدة:

=

الفقهاء ص ١١٥.

(١) انظر: الهداية ٢/٩٨، والمغني ١٢/٣٣٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢٤.

(٣) انظر التّعليلين في بدائع الصّنائع ٥/٥٢٤-٥٢٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٦٦.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ٦/١٦٦.

١٢- إنّ الْحدود كلّها لا يقيمها إلاّ الإمام أو نائبه أو مَنْ خُوِّلَ إليه ذلك؛ فله حقّ الاستخلاف على إقامتها؛ لأنّه لا يقدر على استيفاء الْجميع بنفسه؛ إذ أسباب وجوبها مُختلفة الوجود والمكان.

١٣- أجمع أهل العلم على أنّ الْحدود إذا بلغت إلى السّلطان لَم يكن فيها عفوٌ، لا له ولا لغيره، وجائزٌ للنّاس أن يتعافوا الْحدودَ فيما بينهم ما لم يبلغ السّلطان، وذلك مَحمودٌ عندهم[١].

١٤- يَجب على المسلمين التّعاون مع الإمام في إقامة الحدود، وقتال الْمُحاربين، وكفّهم عن أذى المسلمين[٢].

١٥- يُستَثْنَى من القاعدة ما استثناه الدّليل؛ كإقامة السّادات الْحدود على مَمالكيهم، وهو مناسبة ذكر القاعدة وقد تقدّم.

١٦- إذا زنَى مَن نُصفِهُ حرٌّ ونُصفهُ رقيقٌ فَحَدُّهُ خمسون جلدَةً، ولا يَحُدُّهُ إلاّ الإمامُ[٣].

١٧- إذا تنازع في إقامة الْحدّ الإمامُ والسَّيِّد؛ فالمقدَّم هو الإمام؛ لعموم ولايته[٤].

---

(١) انظر: التّمهيد ١١٨/١٢، وشرح منتهى الإرادات ١٦٦/٦.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ١٤٨/٦.

(٣) انظر: روضة الطّالبين ١٠٢/١٠، والمغنِي ٣٣٩/١٢، والمقنع والشّرح الكبير ١٧٧/٢٦.

(٤) انظر: روضة الطّالبين ١٠٣/١٠.

المبحث الثّانِي:القاعدة الثّالثة والخمسون [٥٣]

[تُدْرَأ الحدودُ بالشُّبهاتِ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل كتاب القذف، في القَذْفِ الذي يَجب به الْحدّ دليلاً للجمهور؛ حيث قال: «وأمّا القَذْفُ الذي يَجب به الْحدُّ؛ فاتّفقوا[١] على وجهين:

أحدهما: أَن يرمي القاذفُ الْمَقذوفَ بالزّنا.

والثّانِي: أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمُّهُ حُرَّةً مُسلمةً...

واتّفقوا أنّ القَذْفَ إذا كان بهذين الْمعنَيَين أنّه إذا كان بلفظٍ صريحٍ؛ وجب الْحَدُّ.

واختلفوا إن كان بتعريضٍ؛ فقال الشّافعي وأبو حنيفة والثّوري وابن أبي ليلَى: لا حدَّ في التّعريض، إلاّ أنّ أبا حنيفة والشّافعي يريان فيه التّعزير...»[٢].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٩٧/٥، والهداية ١١٢/٢، وعقد الجواهر ١١٥١/٣، وحدود ابن عرفة ٦٤٥/٢، ومختصر المزني ص ٣٥٠، وإجماع ابن المنذر ص ٧٠، ف (٦٤٦)، والمهذّب ٥٤٤/٣، وروضة الطّالبين ١٠٦/١٠، ومراتب الإجماع ص ١٣٤، والمغني ٣٨٣/١٢، وشرح منتهى الإرادات ١٩٨/٦، والمحلّى ٢١٩/١٢.

(٢) والقول بأنّ الْحدَّ لا يَجب على القاذف إلاّ باللّفظ الصّريح الذي لا يَحتمل غير القذف هو مذهب الحنابلة، والظّاهرية.

انظر: مختصر القدوري ص ١٩٩، وبدائع الصّنئع ٤٩٧/٥-٤٩٨، و٥٠١، والهداية ١١٤/٢، والاستذكار ٥٢٧/٦، والمهذّب ٥٤٧/٣، و٥٥٠، و٥٥٥، وروضة الطّالبين ١٠٧/١٠، ومختصر الخرقي والمغني ٣٨٩/١٢، و٣٩٢، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٨٧/٢٦-٣٨٨-٣٩٣، وشرح منتهى الإرادات ٢١٠/٦،

=

وقال مالكٌ وأصحابه: في التّعريضِ حَدٌّ...، وعمدة مالكٍ أنّ الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقامَ النّصّ الصّريح، وإن كان اللّفظ فيها مستعملاً في غير موضعه، أعني: مقولاً بالاستعارة[1].

وعمدة الجمهور أنّ الاحتمال الذي في الاسم المستعار شُبْهَةٌ، **والْحدودُ تُدْرأُ بالشّبهات**»[2].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

=

والمحلّى ٢٢٠/١٢، و٢٣٨-٢٤٣-٢٤٥.

(١) وهو روايةٌ عن الإمام أحمد.

انظر: الاستذكار ٥٢٧/٦، والمنتقى ١٦٣/٩، و١٦٧، وعقد الجواهر ١١٥٢/٣، وحدود ابن عرفة ٦٤٣/٢، والمغني ٣٩٢/١٢-٣٩٣، وشرح منتهى الإرادات ٢١٠/٦.

والخلاف في هذه المسألة بين الفريقين يبدو لي أنّه خلافٌ لفظيٌّ مجرَّدٌ لا ينبَني عليه شيءٌ، ولا يختلف في الحكم؛ حيث إنّ القولَ القاضي بِإقامة حدّ القذف بالتّعريض به، لا يقيمه إلاّ بأحد أمرين:

الأوّل: إمّا دلالة عرف شرعيّاً كان أو استعمال اللّغة؛ بِحيث لا يَحتمل اللّفظ غير القَذْف، فيأخذ حكم صريحه، فيجب الْجَلْدُ.

الأمر الثّاني: أو حتّى يُسْأَلَ ماذا يقصد بقوله، ولا يَخرج جوابه عن أحد أمرين أيضاً:

إمّا أن يقول: قصدتُ بتعريضي القذفَ، فهذا يِجب الْجلدُ إجماعاً؛ لأنّه أصبح صريحاً في القَذْف.

أو إمّا أن يقول: لَم أقصد به القذفَ، فلا يجب عليه الْجلدُ إجماعاً؛ لأنّهم مجمعون على أنّه لو فَسَّرَهُ بما يحتمل غير القذف قُبِلَ قوله، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

انظر: المقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٨٧/٢٦-٣٨٨، و٣٩١-٣٩٢، وشرح منتهى الإرادات ٢١٠/٦.

(٢) بداية المجتهد ٣٨٩/٤-٣٩٠، وانظر منه ص: ٢٩٥، و٣٧٣.

ما جاء في بدائع الصّنائع: من الأصل في اعتبار الشّبهة في هذا الباب -الحدود- أنّ الْحَدَّ عقوبةٌ مُتَكَاملةٌ مَحَضَةٌ؛ فتستدعي جنايةً مُتَكاملَةً مَحَضةً، تفادياً للشّبهة[1].

وفيه أيضاً: «الحدود لا تحتمل البذل، ولا تثبت بدليلٍ فيه شبهةٌ»[2].

ما جاء في الأشباه والنّظائر: «القاعدة السّادسة: الْحدود تُدْرَأ بالشُّبهَات»[3]، وفيه أيضاً: «القصاص كالْحدود في الدّفع بالشُّبهة؛ فلا يثبت إلاّ بما تثبت به الْحدود»[4].

ما جاء في الاستذكار: «الشُّبهَاتُ تُسْقِطُ الْحدودَ»[5].

وفيه أيضاً: «الأصل عندي في هذا، وما كان مثله ألا يُراقَ دم السّارق الْمسلم إلاّ بيقينٍ، والتَّيَقُّنُ أصلٌ أو قِياسٌ غير مَدفوعٍ على أصلٍ؛ لأنّ الخطأ في العفو خيرٌ وأيسرُ من الخطأ في العقوبة»[6].

ما جاء في المهذّب: «فصلٌ: ولا يُقْطَعُ فيما له فيه شُبهَةٌ؛ لقوله عليه

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع للكاساني ٤٨٧/٥، و٤٩١، و٤٩٧، و٤٩٨، و٨/٦، و٩، و١٥، والهداية ١٢٠/٢.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٣٩/٥، وانظر: ٥٨٦/٤، و٣٤٦/٥، و٤٤٦، وطلبة الطّلبة ص ١٧٥.

(٣) أشباه ابن نجيم الحنفيّ ص ١٢٧، وانظر: أشباه السّيوطي ص ٢٣٦.

(٤) أشباه ابن نجيم ص ١٢٩، وانظر: أشباه السّيوطي ص ٢٣٧.

(٥) الاستذكار ٥٣٤/٦، وانظر: المنتقى ٣٢٣/٧، وعقد الجواهر ١١٤٤/٣، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢.

(٦) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥٦٣/٦، وانظر: ص ٥٣٢ منه.

السّلام: ((ادرؤا الْحدودَ بالشُّبُهَات[١]))[٢].

ما جاء في الْمنثور: ((الْحدود يتعلّق بها مباحثُ...، الثّالث: أنّها تَسقط بالشُّبْهَة))[٣].

وفيه -أيضاً-: ((الشُّبهَةُ فيها مباحث: الأوّل: أنّها مُسْقطَةٌ للحَدِّ))[٤].

ما جاء في المغني: ((الْحدودُ تُدرَأُ بالشُّبُهَات))[٥].

ما جاء في إعلام الْموقّعين: ((العقوبات تُدْرَأ بالشُّبُهَات))[٦].

---

(١) تكلّم أهل العلم في ثبوت هذا الحديث كلاماً كثيراً، وَضَعَّفَهُ الأكثرُ مطلقاً، وحَسَّنَ البعضُ وَقْفَهُ على ابن مسعود رضي الله عنه، كما في أشباه السّيوطي ص ٢٣٦.
وصحّحه ابن العربي في عارضة الأحوذي ١٩٨/٦، موقوفاً على عائشة رضي الله عنها، وقال: ((قد رُوِيَ: إدرؤا الْحدود بالشُّبُهَات، و لم يَصحَّ))،وقال ابن حزم في المحلّى ٥٢٥/٨،و١٨٦/١٢ إنّه باطلٌ.
ونقل ابن نجيم في أشباهه ص ١٢٧ عن فتح القدير قوله: ((أجمع فقهاء الأمصار على أنّ الْحدود تُدْرَأ بالشّبهات، والحديث المروي في ذلك مُتّفَقٌ عليه، وتلقّته الأمّة بالقبول)).
وضعّفه الألباني في: الجامع الصّغير برقم: (١٢٧١)، وإرواء الغليل ٣٤٣/٧-٣٤٤؛ فالحاصل أنّه لا يصحّ.
وانظر: أشباه السّيوطي ص ٢٣٦، وشرح منتهى الإرادات ١٦٦/٦، و١٨٨، وتعليق الشّيخ عليّ معوّض والشّيخ عادل أحمد عبد الموجود على بداية المجتهد ٢٢/٦، برقم: (١١٤٠)، وتعليق البنداري على المحلّى ٥٨/١٢.
(٢) المهذّب لأبي إسحاق الشّيرازي ٥٦٩/٣، و٥٧٠.
(٣) المنثور للزّركشي ٢٨٦/١.
(٤) المنثور للزّركشي ٤/٢.
(٥) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٣٤٤/١٢، وانظر منه: ٣٤٢، و٣٤٥، و٣٤٨، و٤٥٩، و٤٦٨، والعدّة ١٦٢/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٦٥/٦.
(٦) إعلام الموقّعين لابن القيم ص ٨٤.

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: «الْحَدُّ أَولَى بالسّقوط من العبادة؛ لعدم التّكليف؛ لأنّه يُدرأُ بالشُّبُهَات»[1].

شرح مفردات القاعدة:

تُدْرَأ: الدَّرءُ لغةً: الدَّفع والرّفع[2].

الشُّبُهَات: جمع شُبْهةٍ، وهي: لغة: التباسٌ، والْمشتبهات من الأمور: الْمشكلات، وهي أنْ لا يَتَمَيَّزَ أحدُ الشَّيئين من الآخر لِما بينهما من التّشابه عيناً كان أو معنًى[3].

والشُّبْهَةُ في عرف الفقهاء اسمٌ لِمَا يشبه الثّابت وليس بِثباتٍ[4].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد الفقهية الْمهمّة في باب الأقضية والإفتاء؛ ذلك أنّ الأصل في الدّماء الحظر، ولا يباح منها شيءٌ إلاّ بأسباب محصورة في قوله ﷺ : «لا يحلّ دم امرئ مسلمٍ يَشْهَدُ أَنْ لا إِلَـهَ إلاَّ اللهُ، وأنِّي رسولُ الله إلاّ بإحدَى ثلاث: الثَّيِّبُ الزَّانِ، والنَّفْسُ بالنَّفْسِ، والتّارك لدينه، الْمُفَارِقُ للجمَاعة»[5]؛ فالحديث دليلٌ على أنّ الأصل في الدِّماء أنّها مَحذورةٌ مَحظورةٌ، لا تراق إلاّ بِيقينٍ، وأنّ الحذر والحيطة مطلوبان في ذلك؛ لأنّ الخطأ في العفو خيرٌ من الخطأ في العقوبة المفضية إلى إحلال

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٦٥/٦.

(٢) انظر: المفردات ص١٧٣، وطلبة الطّلبة ص١٧٥،و١٧٨،و٢٧٠،و٢٩٦،ومختار الصّحاح ص٢٠١.

(٣) انظر: المفردات ص ٢٥٧، ومختار الصّحاح ص ٣٢٨، والمصباح المنير ص ١١٥.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤٩٠/٥، وأشباه ابن نجيم ص ١٢٧، والمنثور ٦/٢.

(٥) تقدّم تخريجه في القاعدة [١]، الدّليل (٤) من أدلّة حرمة النّفس.

ما حرّمه الله -سبحانه وتعالى-، لذلك تقرّر لدى أهل العلم أنّ الشُّبْهَةَ القويّةَ مؤثّرةٌ في درء إقامة الحدود، وتوجب دفعها تغليباً لجانب الاحتياط في الدّماء؛ فتندفع الْحدود وترتفع بالشُّبُهَات[١].

فالزّنا الموجب للحدّ هو كلّ وطءٍ وَقَعَ على غير نكاحٍ صحيحٍ، ولا شبهة نكاحٍ، ولا مِلْكِ يَمينٍ، وهذا مُتَّفقٌ عليه في الجملة عند علماء الإسلام، وإن كانوا اختلفوا فيما هو شُبهةٌ تُدْرَأُ الْحدودُ بِها مِمّا ليس بِشُبْهَةٍ دارئة[٢].

ومن الشّروط الْمتّفق عليها في المسروق الذي يجب فيه القطعُ؛ ألاّ يكون للسّارق فيه شُبْهَةُ مِلْكٍ، وكذا في الزّنا الموجب لإقامة الحدّ إذا توفّرت شروطه،واختلفوا فيماً هو شُبهَةٌ يُدْرَأُ الْحدُّ بها ممّا ليس بشُبْهَة[٣].

وَجِهَاتُ موارد الشُّبهة كثيرةٌ أهمّها: جِهَةُ الْجَهل بالْحكم، وجِهَةُ الفاعل، وجِهَةُ الْمَحَلِ، وجِهَةُ الْمِلْك، وجِهَةُ الفعل وتُسَمَّى شُبهةُ الاشتباه، وجِهَةُ الإكراه، وجِهَةُ الضّرورة[٤]، وتفصيل ذلك كالتّالي:

---

(١) انظر: طلبة الطّلبة ص ٢٧٠، والاستذكار ٦/٥٣٢-٥٣٣، و٥٦٣، والمنتقى ٣٢٢/٧، وشرح منتهى الإرادات ١٨٨/٦.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٣٧٣/٤، وشرح منتهى الإرادات ١٨١/٦.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢٠١، وبداية المجتهد ٤٠٧/٤-٤٠٨، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢-٢٣٣، والمهذّب ٥٥٧/٣، و٥٦٩، وروضة الطّالبين ٨٦/١٠، والمغني ٣٤٠/١٢، و٤٦٢، وشرح منتهى الإرادات ١٨٨/٦.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٦/٥-٤٨٨، و٤٩٧، والهداية ١٠٠/٢-١٠٤، وأشباه ابن نجيم ص ١٢٧-١٢٨، وعقد الجواهر ١١٤٧/٣، والفروق ١٧٢/٤ ف (٢٤٤)، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢، وشرح حدود ابن عرفة ٦٥٠/٢، وتهذيب الفروق ٢٠٢/٤، والمهذّب ٤٢/٢، و٥٢٧/٣، و٥٣٢، وروضة الطّالبين ٨٦/١٠، =

تَختلف هذه الْجهات حسب نوع الْحَدِّ، وأمّا الْجَهل؛ فيؤثّر في جميع الْحدود إذا دَعَا الْجَهلَ بِتحريم المعصية الموجبة للحدّ، وكان مِمَّن يُمكن منه ذلك[١].

ففي السّرقة تكون شُبهةٌ في جنس المسروق، وقدره، وشروطه، وشُبهةُ الْمِلْك[٢].

وفي الزّنا تكون شبهةٌ من جهة عقد، وفاعلٍ، ومِلْكٍ، ومحلٍّ، وفعلٍ.

أمّا الشُّبْهَةُ الأولى فمن جهة العقد؛ فكالوطأ في النّكاحً المختلف فيه[٣].

وأمّا الشُّبْهَةُ الثّانِيَةُ فمن جهة الفاعل؛ فمثل أن يجد امرأةً في فراشه فيطأها ظانّاً أنّها زوجته أو أمته فلا حدَّ عليه؛ لأنّه يَحتمل ما يدّعِيه من الشُّبهة[٤].

وأمّا الشُّبْهَةُ الثّالثةُ فمن جهة الْملك؛ فكالرّجل يقع على الأمة وله فيها شِركٌ لا يقام عليه الْحدُّ، وتُقوَّم عليه الجاريةُ حين حَمَلت؛ فَيُعْطَى

=

و٩٢، و٩٥، وأشباه السّيوطي ص ٢٣٧، والمغني ١٢/٣٤٥، و٣٤٧-٣٤٨، وإعلام الموقعين ص ٨٩، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٦٦، و١٨٩، و١٩١، والمحلّى ١٢/١٠٧.

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ١٢٧، وعقد الجواهر ٣/١١٤٧، والفروق ٤/١٧٢، والمهذّب ٣/٥٢٧، و٥٣٢، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٨٩.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤/٤٠٨، والمهذّب ٣/٥٢٧، وروضة الطّالبين ١٠/٨٦، و٩١.

(٣) انظر: الاستذكار ٦/٥٣١، والمنتقى ٩/١٧٥-١٧٩، وبداية المجتهد ٤/٣٧٣، وعقد الجواهر ٣/١١٤٥-١١٤٧، والمهذّب ٣/٥٢٧، وروضة الطّالبين ١٠/٨٦، و٩٢-٩٣، والمغني ١٢/٣٤١، و٣٤٣-٣٤٨، ومنتهى الإرادات ٢/٢٨٧.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٥٨٦، والمهذّب ٣/٥٣٣، وروضة الطّالبين ١٠/٩٣، والمغني ١٢/٣٤٤.

شركاؤه حِصصهم من الثّمن، وتكون الجارية له[١].

وأمّا الشُّبهَةُ الرَّابِعَةُ فهي شُبهةٌ في الْمَحَلِّ، وتُسَمَّى شُبهَةً حُكْمِيَّةً، وتَتَحَقَّقُ بقيام الدَّليل النّافي للحرمة في ذاته، ولا تتوقّف على ظنّ الْجاني واعتقاده.

وشُبهةُ الْمَحَلِّ مؤثِّرةٌ في سبعة مواضعَ: جارية ابنه، والْمُطلَّقة ثلاثاً في العدّة، والْمُطَلَّقَة طلاقاً بالكنايات، والجارية المبيعة في حقّ البائع قبل التّسليم، والممهورة في حقّ الزّوج قبل القبض، والمشتركة بينه وبين غيره، والمرهونة في حقّ المرتهن في رواية كتاب الرّهن، لا حدّ فيها كلّها؛ لقوّة شُبْهَة، وهو ظنّ بقاء النّكاح في حقّ الفراش، وحرمة الأزواج، فظنّ أنّه بقي في حقّه الْحل أيضاً.

قال في الاستذكار: «ليس كلّ مَنْ وطئ فرجاً مُحرَّماً عليه وطؤُهُ يَلزمُهُ الْحَدُّ؛ لإجماعهم أَنْ لا حَدَّ على مَنْ وَطِئَ صائمةً،أو مُعْتَكِفَةً، أو مُحْرِمةً، أو حائضاً، وهي له زوجةٌ أو أمَةٌ،والذي عليه جمهورُ الفقهاء أنّ شُبْهَةَ الْملك شُبْهَةٌ يَسْقُطُ من أجلها الْحَدُّ»[٢].

وأمّا الشّبهة الْخَامسَةُ فهي شُبْهَةٌ في الفعل، وتُسَمَّى شبهةُ اشتباه، تَتحقَّقُ في حقّ مَنِ اشتبه عليه؛ لأنّ معناه: أَن يَظُنَّ غير الدّليل دليلاً، ولا بُدَّ من الظّنّ؛ لتحقّق الشّبهةُ؛ كأن يطأ إنسانٌ جاريةَ الأب أو الأم؛ فيدَّعِي الاشتباه بأن

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٩/٥، والهداية ١٢٢/٢، والمهذّب ٥٣٣/٣-٥٣٤، وروضة الطّالبين ١١٧/١٠، والمغني ٣٤٤/١٢، وشرح منتهى الإرادات ١٨٩/٦.

(٢) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥٣١/٦، وانظر: بدائع الصّنائع ٤٨٨/٥، و٤٨٩، وعقد الجواهر١١٤٦/٣-١١٤٧، وروضة الطّالبين٩٢/١٠، المغني٣٤٤/١٢.

يقول: ظننت أنّها تَحلّ لي؛ فلا يجب الْحدُّ، وإنْ لَم يدَّعِ يَجب.

وشُبهة الفعل مُؤثِّرةٌ في ثَمانية مواضعَ: جارية الأب، وجارية الأمّ، وجارية الْمنكوحة، وجارية الْمطلَّقة ثلاثاً ما دامت في العدة، وجارية الْمختلعة وهي في العدّة، وأُمُّ الولد ما دامت تعتدّ منه، والعبد إذا وطئ جارية مولاه، والجارية المرهونة يطأها الْمرتهن في رواية كتاب الْحدود؛ لأنّه يَجب الْحدّ ولا يعتبر ظنّه، لا حدّ فيها كلّها.

ووجه ذلك: أنّ الإنسان ينبسط في مال أبويه، وزوجته، وينتفع به من غير استئذان وحشمة عادةً، فظنّ أنّ هذا النّوع من الانتفاع –أيضاً– حلالٌ مُطلَقٌ له شرعاً، وهذا وإن لم يصلح دليلاً على الحقيقة، ولكنّه لَمّا ظنَّه دليلاً اعتبر في حقّه لإسقاط ما يندرء بالشُّبُهاتِ؛ لأنّه بَنَى ظَنَّه على دليلٍ قَويٍّ، ولا بدّ أن يدَّعيه، وإن لَم يدَّعِ ذلك عَري الوطء عن الشُّبهة فَتَمَحَّضَ حراماً فيجب الْحَدُّ.

والحكم في جميع أنواع الشُّبُهَاتِ السّابقة؛ أنّ الْحدّ يندرئ ويسقط بِها؛ لعموم القاعدة، ويفترقان في الحكم.

وأمّا الوطء بشُبهة الفعل فلا يَثْبُتُ به نسبُ الولد، سواء ادّعى الاشتباه أم لا؛ لأنّ ثبات النّسب يعتمد معنًى في الْمحلّ، وهو الْملكُ من كلّ وجهٍ أو من وجهٍ ولم يوجد، ولأنّ الفعل تَمَحَّضَ زنا، وإنّما يسقط الْحدُّ لأمرٍ راجعٍ إليه، واهو اشتباه الأمر عليه.

وأمّا الوطء بشبهة الْمحلّ فإنّ النّسب يثبت به إذا ادّعَى الولد؛ لأنّه لَم يَتَمَحَّض فيه الزّنا[1].

---

(١) انظر: بدائع الصّنئع ٥/٤٩٠-٤٩٣، والهداية ٢/١٠٠-١٠٢، وأشباه ابن نجيم ص =

وإن كان الظّنّ عُرِيَ عن دليلٍ مفيد للشّبهة فلا يعتدّ به وعليه الحدّ؛ كما لو وطئ المستأجر جارية الإجارة، والمستعير جارية الإعارة، والمستودع جارية الوديعة؛ فإنّ كلّ واحد منهم يُحَدُّ، حتّى ولو ادَّعَى أنّه ظنّ أنّها تَحلّ له؛ لأنّ هذا ظنٌّ عُرِيَ عن دليلٍ فكان في غير موضعه فلا يعتدّ به[1].

فإذا وجدت شُبْهةٌ من الشُّبُهَاتِ المؤثّرة منعت وجوب الحدّ وثبوته، ودفعت إقامتها؛ لأنّ إقامتها تجب باليقين، ولا يقين مع شُبهة[2].

وتُقَيَّدُ الشُّبهَةُ التي تُدْرَأ بها الحدود بالقوّة؛ بحيث تكون شُبهَةً قَويَّةً، وعلى هذا القيد تُخرّج مسألة السّرقة من بيت مال المسلمين؛ فإنّه يسقط عنه الحد، فلا يُقْطَع؛ لأنّ الشّبهة هنا قويَّةٌ، وهذا مذهب الحنفية والشّافعية والحنابلة وظاهر مذهب المالكية[3]، وهذا مَدرَكٌ من مدارك اختلاف الفقهاء في باب درء الحدود بالشُّبهات؛ لاختلافهم في ضبط قوّة الشُّبهة

=

١٢٧، والفروق ٤/١٧٢، والمغني ١٢/٣٤٣-٣٤٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٨٩، والمحلّى ١٢/١٩٢.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٩٢، والهداية ٢/١٠١، وعقد الجواهر ٣/١١٤٧، و١١٦٠، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢، والمهذّب ٣/٥٣٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٩٠-١٩١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٠٧، والاستذكار ٦/٥٣٢، و٥٦٣، وعارضة الأحوذي ٦/١٩٨.

(٣) ومشهور مذهب المالكية القطع، وبه قال الظّاهرية.
انظر: الهداية ٢/١٢٢، والقوانين الفقهية ص و٢٣٦، وعقد الجواهر ٢/١١٦٣، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٦٥٠، والمهذّب ٣/٥٦٩، وروضة الطّالبين ١٠/١١٧، وأشباه السّيوطي ص ٢٣٨، والمغني ١٢/٤٦١-٤٦٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/٢٣٥، و٢٥١، والمحلّى ١٢/٣١١-٣١٣، ومراتب الإجماع ص ١٣٥.

وضعفها، وتُخرَّجُ عليه أيضاً السّرقة من الغنيمة على نحو ما سبق.

والقول باشتراط القوّة للشُّبهةِ المؤثِّرةِ في سرقة مسلمٍ من بيت مال بيت المال هو الصّحيح؛ لأجل أثر عمر بن الخطاب، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما: مَن سَرَقَ من بيت الْمال فلا قطع، ما من أَحَدٍ إلاّ وله في هذا المال حَقٌّ[1].

وأثر علِي بن أبي طالب ﷺ : ليس على مَنْ سَرَقَ مِن بيت المال قَطْعٌ[2].

ولأنّ له في المال حَقّاً ونصيباً مشاعاً؛ فيكون شُبْهَةً تَمنَعُ وجوبَ القطع، كما لو سرق من مالٍ له فيه شَرِكَةٌ[3].

هذا من جهة الأثر، وأمّا من حيث الصّناعةُ الفقهيّةُ فينبغي أن يُنظَرَ فيمَن سَرَقَ من شيءٍ له فيه نصيبٌ من بيت المال، أو الْخمس، أو المغنم أو ما في معناه؛ فإن كان نَصيبُهُ محدوداً معروفَ المقدار؛ كالغنيمة أو ما اشترك فيه ببيعٍ، أو ميراث، أو غير ذلك، أو من أهل الخمس، نُظِرَ: فإن أَخَذَ زائداً على نصيبه ممّا يجب في مثله القطعُ قُطِعَ ولا بُدَّ، وإن سَرَقَ أقلَّ فلا قطع عليه، إلاّ أن يكون مُنِعَ حَقّه في ذلك، أو احتاج إليه فلم يصل إلى أَخْذ حقّه إلاّ بما فعل، ولا قَدرَ على أَخْذ حَقّه خَالصاً؛ فإنّه في هذا الحال لا يُقْطَعُ إذا عُرِفَ ذلك؛ لأنَّ الشُّبهة كَامنةٌ قَويَّةٌ للضّرورة؛ فأصبح مضطرّاً، ويجب عليه أن يردّ الزّائد على حقّه فقط؛ لأنّه مُضطَرٌّ إلى

---

(١) أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه برقم: (١٨٨٧٤).

(٢) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ٨/٢٨٢.

(٣) انظر: المغني ١٢/٤٦٢، والمحلّى ١٢/٣١١.

أَخْذِ ما أَخَذَ إذ لَم يَقدِر على تَخليص مقدار حقِّه(١).

ووجه ذلك؛ أنّ الأصل في الحرام إذا امتزج مع الحلال، ولا يمكن تَمييزه ولا فصله بوجه من الوجوه؛ فإنّه يُغَلَّبُ الْحرام، فيكون كلّه حراماً، كالخمر مع الماء، ولَحمِ الْخِنْزير يدّق مع لَحم الكبش، عملاً بقاعدة تقديم الْحظر على الإباحة، وأمّا إن أمكن التّمييز والفصل؛ فإنّه يَجب مفارقة الْحرام، وهنا أمكن فَيُحْكَمُ عليه بالْحدّ فيما زاد على حقّه(٢).

ولأنّ بعض الفقهاء يرون الْحدَّ على مَنْ شرب ماء مَمزوجاً بِمُسكرٍ ولم يُستَهْلَك في الماء، ولَم يعدّوه شُبْهَةً يُدْرَأُ بها حدّ شُربِ الْخمر، وهو مثل مسألة سرقة مسلمٍ من مال بيت المال لا فرقَ؛ لأنّه سَرَقَ شيئاً بَعْضُهُ له حلالٌ وبَعْضُهُ عليه حرامٌ لغيره، فينبغِي أن يقولوا بالْحدّ هنا كما قالوا في الأوّل(٣)، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب، وهو ولِيّ التّوفيق.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة مجمعٌ عليها عند أهل العلم، قال في الإجماع: «وأجمعوا على أنّ دَرْءِ الْحَدّ بالشُّبهَات»(٤)، وإن وُجدَ الخلاف، ففي ما يُعَدُّ شبهةً تُدْرَأُ بها الْحَدُّ، فيما يرجع إلى الشّروط، أو مُسمَّى الْحدّ الموجب للعقوبة؛ لاختلافهم في دلالة الأسامِي المختلفة الدّلالة والْمعانِي في الأصل؛ كوطء

---

(١) انظر: المحلّى ٣١٣/١٢.

(٢) انظر: المحلّى ٣١٢/١٢، وأشباه السّيوطي ص ٢٠٩.

(٣) انظر: عقد الجواهر ١١٧٦/٣-١١٧٨، وشرح منتهى الإرادات ٢١٨/٦، والمحلّى ٣١٢/١٢.

(٤) إجماع ابن المنذر ص ٦٩، ف (٦٣٩)، وحكَى ابن نجيم الإجماع في أشباهه ص ١٢٧، وانظر: بدائع الصّنائع ٤٨٧/٥، والمغنِي ٣٤٤/١٢.

الميتة أو البهيمة أَيُطلق عليه الزّنا أم لا؟[١].

هكذا نقل غيرُ واحدٍ من أهل العلم الإجماعَ على القاعدة، مع أنّ الظّاهرية خالفوا، وقد نقل القاعدة في الْمحلّى بصيغة الاستفهام؛ حيث قال: «مسألة: أَتُدْرَأُ الْحدودُ بالشُّبُهَات أم لا؟ -ثم قال- ذهب قومٌ إلى أنّ الْحدود تُدْرَأُ بالشُّبُهَات...، وذهب أصحابُنا إلى أنّ الْحدودَ لا يحلّ أن تُدْرَأَ بشُبْهَة، ولا أن تُقَامَ بشُبْهَة، وإنّما هو الْحقّ لله -تعالى- ولا مزيد، فإن لَم يثبتْ الْحدّ لم يَحلَّ أن يقام بِشُبهةٍ...، وإذا ثبت الْحَدُّ لَم يَحلّ أن يَدرأ بِشُبْهَة»[٢].

ولكن بعد النّظر في مذهبهم، يظهر أنّ خلافهم ليس بقويٍّ، ولا مؤثّرٍ، ذلك أنّ خلاصة قولهم: أنّ الْحدّ مَتَى ثبت لَم يسغ درؤه، وإن لَم يثبتْ وجب الدّرء، وهذا لا يتعارض مع مذهب جمهور أهل العلم؛ لأنّ ثبوت الْحدّ معناه: انتفاءُ أيِّ شُبْهَة حولَهُ؛ لأنّ ثبوت الْحدّ والشُّبْهَة نَقيضَان لا يجتمعان ولا يرتفعان في حينٍ واحدٍ أبداً؛ لأنّه مُقَابَلَةٌ بين السّلب والإيجاب، يعني: بين النّفي الإثباتً[٣]، فثبوت الْحدّ يعني انتفاء الشّبهة وكذلك العكس.

ولأنّ الأصل اليقينيّ هو حرمة دماء المسلمين، وأعراضهم، وأموالهم، وأبشارهم، وهذه الْحرمةُ يقينٌ لا يستباح إلاّ بِيقينٍ مثله في

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٧/٥، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢، والمهذّب ٥٣٦/٣-٥٣٧، والمغني ٣٤٠/١٢، و٣٥١.

(٢) المحلّى للإمام ابن حزم ٥٧/١٢-٥٨، م (٢١٨٣)، وانظر: من ص ١٨٥-١٨٨.

(٣) انظر: آداب البحث والمناظرة ص ٤٣.

الدّرجة، أو حَدَّدَه الشّارعُ بنقلٍ مُحَدَّد؛ فإذا راب هذا اليقين شُبهةٌ فمعنَى ذلك عدم حدوث اليقين أصلاً، وعدمُ حدوث اليقين يعني عدم ثبوت الْحَدّ من أساسه.

فقاعدةُ درء الْحدّ بالشُّبْهَة، قاعدةٌ عقليّةٌ بَدَهيّةٌ، شأنها شأن سائر قواعد الأصول الفقهيّة، مثل: الأصل براءة الذّمّة، وهي وغيرها من هذا النّوع لا يحتاج إلى نصٍّ أصلاً لإثباته، بل يثبت باستقراء فاحصٍ يُتَوَصَّلُ إليها من خلال أحكام الشّريعة[١]؛ كأقضية النّبيّ ﷺ، على ما سيأتي في فقرة أدلة القاعدة إن شاء الله -تعالى-.

وقد قال الظّاهرية أنفسهم بأنّ مَنْ أصاب شيئاً مُحَرَّماً فيه حَدٌّ أو لا حدَّ فيه، وهو جاهلٌ لا يعلم بتَحريم الله تعالى له فلا شيءَ عليه فيه، لا إثم، ولا حدّ، ولا ملامة[٢]، وما ذلك إلاّ إعمالٌ للشُّبْهَة في درء الْحدود.

إذا ثبت هذا وتقرّر، تبيّن صحّةُ الإجماع المنقول على القاعدة وحجّيّتها.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بأدلّة منها:

١- حديث قصّة ماعز بن مالك رضي الله عنه؛ وفيه أنّ النّبيّ ﷺ قال: «أبه جُنُونٌ؟»، فأَخْبَرَ أنّه لَيسَ بمَجْنُون، فقال: «أشَرِبَ خمْراً؟»، فقام رَجْلٌ فاسْتَنْكَهَهُ[٣]، فلم يَجد رِيحَ خَمْرٍ، فلَمّا أَقَرَّ أمر رسولُ الله ﷺ برَجْمِه[٤].

---

(١) انظر: تعليق د/ عبد الغفّار سليمان البنداري على المحلّى ١٢/٥٨.

(٢) انظر: المحلّى ١٢/١٠٧.

(٣) اسْتَنْكَهَهُ؛ أي: شَمَّ رائحةَ فمه، من النّكهة. انظر: طلبة الطّلبة ص ١٨٥، وشرح مسلم ١١/٢٠٠.

(٤) أخرجه من حديث أبي سعيد الخدريّ وبُريدة رضي الله عنهما مسلم في صحيحه =

وجه الاستدلال منه على درء الْحدّود بالشُّبْهَة؛ أنّه لو لم يدلّ ردُّهُ في أوّل الأمر بوقوع شُبهَة خبلٍ أو جُنون على كون الشُّبْهَة القويّة مؤثِّرةً في إسقاط الْحدّ ودفعه، لكان ذلك حشواً وكلاماً بلا فائدة، وحاشاه ﷺ أن يتكلّم بما لا فائدة فيه؛ فَلَمّا تَحَقَّقَ من حاله بل وبالغ في ذلك صيانةً لدم الْمسلم، دلّ على درء الْحدود ودفعها بوجود شُبْهَة قويَّة[١].

٢-حديث عائشة -رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادْرَؤوا الْحدودَ عن الْمسلمين ما استطعتم؛ فإن كان له مَخرَجٌ فَخَلُّوا سَبيلَهُ؛ فإنّ الإمام أَن يُخطِئ في العفو خيرٌ من أن يُخطئ في العقوبة»[٢].

٣-ورُوِيَ بلفظ: «ادرؤوا الْحدودَ بالشّبهات»[٣]، إلاّ أنّ هذا لَم يثبت ولم يصحّ عند أهل العلم، ولكن قال في الفروق: «سؤالٌ: قلت لبعض الفضلاء: الحديث الذي يستدلّ به الفقهاء، وهو ما يُروَى: ادرؤا

=

٣/١٣٢٠-١٣٢٢، كتاب الحدود، باب مَن اعترف على نفسه بالزّنا، برقم: (١٦٩٤-١٦٩٥)، وأخرجه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه بغير التّنصيص على اسمه، البخاري في صحيحه ١٢/١٢٣، كتاب المحاربين من أهل الكفر والرّدّة، باب لا يُرجَمُ الْمجنون والْمجنونة، برقم: (٦٥٧٨).

(١) انظر: شرح مسلم ١١/١٩٣، وفتح الباري ١٢/١٢٢.

(٢) أخرجه التّرمذي في سننه ٤/٢٥، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، برقم: (١٤٢٤)، وصحّحه ابن العربي في عارضة الأحوذي ٦/١٩٨، موقوفاً، وقال: «قد رُوِيَ: أدرؤوا الْحدود بالشّبهات، و لم يَصحّ».
وضعّفه الألباني في: ضعيف التّرمذيّ برقم: (٢٣٧)، ومشكاة المصابيح برقم: (٣٥٧٠)، وإرواء الغليل برقم: (٢٣٥٥)، والجامع الصّغير برقم: (١٢٧٢)، والسّلسلة الضّعيفة برقم: (٢١٩٧).

(٣) تقدّم تخريجه قريباً عند توثيق هذه القاعدة.

الْحدود بالشبهات، لَم يصحّ، وإذا لَم يكن صحيحاً ما يكون مُعتمَداً في هذه الأحكام؟

جوابه: قال لي: يكفينا أن نقول: حيث أجمعنا على إقامة الْحدّ كان سالماً عن الشُّبهة، وما قصر عن محلّ الإجماع لا يُلْحَق به عملاً بالأصل؛ حتّى يدلَّ دليلٌ على إقامة الْحدّ في صور الشُّبهات،وهو جوابٌ حَسَنٌ»[١].

٤-إجماع الأمّة على أنّ الْحدودَ تُدرأُ بالشُّبُهَات[٢].

من تطبيقات القاعدة:

١-لا تُقطَعُ يدُ أحد الزّوجين في السّرقة؛ لشبهة الْمِلك، واستحقاق النّفقة على الزّوج[٣].

٢-ولا قطع في سرقة الأبوين من مال ولديهما؛ لشبهة الْمِلك[٤].

٣-إذا سرق العبدُ من مَالِ سَيِّده فلا قطع؛ لأنّ العبد وماله للسّيّد، وفيه شبهة الْملك، والذي عليه الجمهور أنّ شُبهة الْمِلك شُبهةٌ يَسقُطُ من أجلها الْحَدُّ[٥].

---

(١) الفروق للقرافي ١٧٤/٤، وانظر: تهذيب الفروق ٢٠٣/٤، وشرح منتهى الإرادات ١٨٩/٦، وتقدّم في توثيق القاعدة.

(٢) تقدّم توثيق حكاية الإجماع قريباً ص ١١٠٨، وانظر: المغني ٣٤٤/١٢.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢٠٢، وبدائع الصّنائع ١٤/٦، و٢٢، والهداية ١٢٣/٢، والتّمهيد ٩٥/١٢، والاستذكار ٥٢٩/٦-٥٣٣، و٥٦٦-٥٦٨-٥٦٩، و٥٧٤، والمنتقى/١٧٥، و١٩١، و٢٢٨، و٢٣٦-٢٣٧، وعقدالجواهر١١٦٣/٣، ومختصر المزني ص ٣٥٣، والمهذّب ٥٧٠/٣-٥٧١، وروضة الطّالبين ١٢٠/١٠، ومختصر الخرقي والمغني٤٥٩/١٢-٤٦٣، والمحلّى ٣٣٩/١٢، وأحكام ابن العربي ١١٠/٢.

(٤) انظر: المراجع السّابقة.

(٥) انظر: المراجع السّابقة.

٤-أنّ شبهة الْملْك في السّرقة من ذي مَحرمٍ لمثله ضعيفةٌ؛ فيجب القطع؛ لأنَّ ذات الرّحم لو وطئها لوجب عليه الحدّ، وكذلك إذا سرق مالَهَا، وشبهة المحرمية لا تَعلّق لَها بالْمَال، وإنّما هي في غير ذلك من الأحكام(١).

٥-إن نقب الْمُؤَجِّرُ الدّارَ الْمستأجرةَ، وسرق منها مالاً للمُستأجر، قطع؛ لأنّه لا شُبهَةَ له في ماله، ولا في هتك حِرزِه(٢).

٦-أنّ شبهة الإذن قويَّةٌ في السّرقة من الأجير؛ فلا قطع فيها؛ لأنّه مأذونٌ مؤتَمنٌ على الدّخول والخروج، وسرقته خيانةٌ فلا قطع فيها، وكذلك الخادم؛ لأنّ حاليهما ليست بحال السّارق، وإنّما حالهما حال الْخائن، وليس على الْخائن قطعٌ، ولأنّ من شروط القطع في السّرقة الْحِرْزُ، ومَنْ أُبيحَ له الوصول إلى موضعٍ فليس ذلك في حقّه حِرزاً(٣).

٧-أجمع أهل العلم أنّ العامل أو المودَع إذا سَرَقَ من مال الْمضاربة والوديعة لا قطع عليه(٤).

---

(١) وذهب الحنفية إلى أنّ هذه الشّبهة مؤثّرةٌ، فلا قطع في السّرقة بين ذي محارم.
انظر: مختصر القدوري ص ٢٠١-٢٠٢، وبدائع الصّنائع ١٤/٦، و٢١، والهداية ١٢٣/٢، والاستذكار ٥٦٩/٥، ومختصر المزني ص ٣٥٣، والمهذّب ٥٧٠/٣، وروضة الطّالبين ١٢٠/١٠، والمغني ٤٦١/١٢، والمحلّى ٣٣٤/١٢، وأحكام ابن العربي ١١٠/٢.

(٢) انظر: المهذّب ٥٧٢/٣.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢٠٢، وبدائع الصّنائع ٢٠/٦، والهداية ١٢١/٢، والتّمهيد ٩٥/١٢، والاستذكار ٥٢٩/٦، والمنتقى ١٩١/٩، و١٩٢، و٢٣٩، والقوانين الفقهية ص ٢٣٦، والمهذّب ٥٥٧/٣، والمغني ٤١٧/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٢/٦.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٢٠٢، والتّمهيد ١١٤/١٢، والمغني ٤٣٣/١٢.

٨- أنّه لا قطع في ثَمَرٍ مُعَلَّق، والثّمر الْمُعَلّق ما كان في رؤس الأشجار من ضروب الثّمار، ولا قطع على سارقه عند جمهور العلماء؛ لمَا رُوِيَ عن النّبيّ ﷺ قال: ((لا قَطْعَ في ثَمَرٍ مُعَلَّق، ولا في حَرِيسة[1] جبلٍ؛ فإذا أواه الْمُرَاحُ[2] أو الْجَرينُ[3] فالْقَطْعُ فيما بلغ ثَمنَ الْمِجَنّ[4]))[5]، وذلك لشُبْهَةِ عدم الْحِرْز[6].

٩- الأنكحة الفاسدة في الجملة داخلةٌ في الشّبْهَة الدّارئة عن الحدّ؛ لأنّ الوطء في النّكاح الفاسد لا يكون زنا بالإجماع، ويَجب عليه الْمَهر[7].

---

(١) الْحَرِيسة له تفسيران؛ أحدهما: ليس فيما سرق من الماشية بالْجبل قطع حتّى يأويها الْمراح. والتّفسير الثّاني: أن تكون الْحَرِيسة هي الْمَحروسة؛ فيقول: ليس فيما يُحْرَسُ بالْجبل قطعٌ؛ لأنّه ليس بموضعِ حرزٍ وإنْ حُرِسَ.انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٨، والتّمهيد ١٢/١٠٣-١٠٤، والاستذكار ٥/٥٦٩، والمنتقى ٩/١٨٧.

(٢) الْمُرَاحُ: الْمَوضعُ الذي تَرُوحُ إليه الْماشيةُ، أي: تأوى إليه ليلاً، ويَجب القطعُ في سَرِقَة الغَنم منه؛ لأنّه حِرْزٌ مُستقرٌّ له. انظر: المنتقى ٩/١٨٨، والنّهاية ٢/٢٧٣.

(٣) الْجَرِينُ: موضع تَجفيف التّمر، وهو له كالبيدر للحنطة، ويُجمع على جُرُنٍ، ويَجب القطع إذا سَرَقَ التّمر منه؛ لأنّ ذلك حِرْزٌ مُستقرٌّ له.
انظر: المنتقى ٩/١٨٨، والنّهاية ١/٢٦٣.

(٤) الْمجَنّ والتّرسُ والْحجفة شيءٌ واحدٌ، وهي أسماءٌ مُختلفةٌ لِمعنًى واحدٍ، وهو ما يستتر به. انظر: التّمهيد ١٢/٩٦، والمنتقى ٩/١٨٦.

(٥) من مراسيل مالك في موطّئه ٢/٨٣١، كتاب الحدود، باب ما يجب فيه القطع، برقم: (٢٢). قال الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ١٢/١٠٢: ((لَم يختلف الرّواة فيما علمتُ في إرسال هذا الحديث في الموطّأ، وهو حديثٌ مُتّصلُ معناه)).

(٦) انظر: مختصرالقدوري ص ٢٠١، والهداية ٢/١٢٠، والتّمهيد ١٢/١١٤-١١٥، والاستذكار ٦/٢١١، و٥٦٩، و٥٧٢، والمهذّب ٣/٥٦٠، وروضة الطّالبين١٠/١٢١، ومختصر المزني والمغني١٢/٤٣٧-٤٣٩.

(٧) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٨٩-٤٩٠، والهداية ٢/١٠١، وأشباه ابن نجيم ص =

١٠–إن اشترى جاريةً شراء فاسداً أو معيباً فوطئها لا يلزمه حَدُّ الزّنا؛ لأنّه وَطْءٌ بشُبْهَة؛ لاعتقاده أنّها مِلْكُهُ، ويَجب عليه الْمَهرُ؛ لأنّه وَطْءٌ بشُبْهَة فوجب به الْمَهر كالوطء في النّكاح الفاسد[١].

١١–لا قطع في سرقة إنسانٍ عاريتَهُ من المستعير، ولا أجرتَهُ من الْمستأجر، ولا رهنَهُ من بيت المرتهن؛ لأنّ ملك الرّقبة قائمٌ فكان شُبهةً؛ لأن ملك العين له وإنّما الثّابت للمرتهن حقّ الحبس لا غير، بناء على شرط انتفاع ملكية المسروق أو شبهته للسّارق، أمّا لو سَرقَ مع ماله نصاباً آخر لغيره فيلزمه القطع[٢].

١٨–واختلف أهل العلم في الرّجل الغازي يطأ جاريةً من المغنم، أو يسرق منه، وله في المغنم نصيبٌ؛ فَمنهم مَن لم ير لشُبْهَة الْملك تأثيراً فأوجب عليه الحدّ؛ لأنّه ليس له نصيبٌ معلومٌ، ولا حصّةٌ مُتَعَيّنةٌ، ولا ينفذُ له في نصيبه عتقٌ؛ فكأنّه لا نصيب له فيها حتّى يبرزه له السّلطان، ومنهم مَن يراها قويّةً مؤثّرةً فأسقط عنه الحد؛ لأنّ له فيها نصيباً، واختار القول بإسقاط الحدّ في الاستذكار مُعَلّلاً له بقوله: «هذا أولَى؛ لأنّ الدّماءَ مَحذورةٌ إلاّ بيقينٍ، ولأنْ يُخطِئ

=

١٢٧–١٢٨، وبداية المجتهد ٣٧٥/٤، وعقد الجواهر ١١٤٥/٣، والفروق ١٧٢/٤، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢–٢٣٣، والمهذّب ٤٢/٢، و٥٢٧/٥، وروضة الطّالبين ٩٣/١٠، والمغني ٣٤١/١٢، و٣٤٣، والمحلّى ٨٧/٩.

(١) انظر: المهذّب ٤٢/٢، و٥٢٧/٥، والمجموع ٢٧٥/٩، والمغني ٣٢٨/٦، وشرح منتهى الإرادات ١٩٢/٣، و١٨٨/٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٣/٦، و٣٤، وعقد الجواهر ١١٦٠/٣، والقوانين الفقهية ص ٢٣٥، وروضة الطّالبين ١١٣/١٠–١١٤، وشرح منتهى الإرادات ٢٥٣/٦.

الإمامُ في العفو خيرٌ له من أن يُخطِئَ في العقوبة، وبالله التّوفيق))[1]، ومثله ما مضى في مسألة سَرِقَةِ مسلمٍ من بيت مال المسلمين، عند الكلام عن ضبط الشّبهة القويّة.

ولو قيل بإرجاع الحكم فيها إلى نظر ورأي الإمام أو القاضي لكان أحسن؛ حتّى لا يُتّخذَ ذلك ذريعةً لأكل أموال الدّولة ظلماً وجوراً، والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

١٩-الضّرورة شُبهةٌ تُسْقطُ الْحَدَّ؛ فضرورة الْمجاعة تُسقط الْحدَّ في سرقة الطّعام، وفي شرب الْخمر؛ فَمَن شربها لضرورة الْمخمصة والإكراه سقط عنه الْحدُّ؛ لأنّ الإكراه شُبهَةٌ فيمنع الْحدَّ[2].

٢٠-من مسائل الأعمَى المبنية على القاعدة؛ أنّه لو دعَا رجلٌ أعمَى امرأته: يا فلانة؛ فأجابت غيرُها فوقع عليها أنّه لا يُحَدُّ، سواء قالت الْمجيبة: أنا فلانة أم لا، لَم يُحدَّ، وقيل: يثبت له النّسب[3].

---

(١) الاستذكار للحافظ ابن عبد البر ٦/٥٣٢-٥٣٣، وانظر منه: ٥٣١، بداية المجتهد ٤/٣٧٣، والقوانين الفقهية ص ٢٣٥، والمغني ١٢/٤٦٢، وشرح منتهى الإرادات ٦/٢٣٢، و٢٥١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٩٧، والهداية ٢/١٠٤، وأشباه ابن نجيم ص ١٢٨، والقوانين الفقهية ص ٢٣٥، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٦٥٠، والمغني ١٢/٣٤٨، وشرح منتهى الإرادات ٦/٢٥٠، والمحلّى ١٢/٣٣٣.

(٣) وقال الحنفية: إن أجابته غيرها و لم يقل: أنا فلانة يُحَدُّ.انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٩٢.

المبحث الثّالث: القاعدة الرّابعة والخمسون [٥٤]

[الحَدُّ الأصغرُ ينطَوِي في الحَدِّ الأكْبَرِ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل الباب الثّاني في أصناف الزّناة وعقوباتهم، وهي المسألة الثّانية: أَيُجْلَدُ الزّاني الْمُحصَنُ مع الرّجم أم لا؟ دليلاً من جهة المعنَى؛ حيث قال: «فإنّ العلماء اختلفوا هل يُجلَد مَنْ وجب عليه الرّجمُ قبل الرّجم أم لا؟.

فقال الجمهور: لا جَلْدَ على مَنْ وجب عليه الرّجم[١].

وقال الحسن البصري وإسحاق وأحمد وداود: الزّانِي الْمُحصَن يُجْلَدُ ثم يُرجَمُ[٢].

عمدة الجمهور: أنّ رسول الله ﷺ رَجَمَ ماعزاً[٣]، ورجم امرأةً من

---

(١) وهو مذهب الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية.
انظر: مختصر القدوري ص ١٩٦، وبدائع الصّنائع ٤٩٥/٥، و٥٣٢-٥٣٣، والهداية ٩٩/٢، والتمهيد٥٣/١٢، والاستذكار٤٨٥/٦، والمنتقى١٤٥/٩، و٢١٣، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢، والمهذّب ٥٢٨/٣، والمغني ٣١٣/١٢، و٣٨١، والإنصاف ٢٣٨/٢٦، والمحلّى ١٦٩/١٢، وشرح مسلم ١٨٩/١١، وفتح الباري ١٢٢/١٢.

(٢) عن الإمام أحمد روايتان في هذه المسألة، والرّواية التي تتّفق مع الجمهور هي المذهب عند الحنابلة.
لأنّ الفتوحي اقتصر على القول بأنّه يُرْجَم ولا يُجْلَدُ، ولم يذكر غيره في منتهى الإرادات ٢٨٦/٢، وهو مقتضى صناعة فقهيّة عند الإمام ابن قدامة، وقال في الإنصاف ٢٣٨/٢٦: «إحداهما: لا يُجْلَدُ، وهو المذهب». وانظر: المقنع والشّرح الكبير ٢٣٧/٢٦-٢٤٢، شرح منتهى الإرادات ١٨٢/٦، والمراجع السّابقة.

(٣) حديث قصة ماعز بن مالك رضي الله عنه تقدّم تخريجه من أدلّة القاعدة[٥٣].

جُهَينة[١]، ورجم يهوديّين[٢]، وامرأةً من عامر من الأزد[٣]، كلّ ذلك مُخَرَّجٌ في الصّحاح، ولم يُروَ أنّه جَلَدَ واحداً منهم.

ومن جهة المعَنى: أنّ **الْحَدَّ الأصغَرَ يَنْطَوِي في الْحَدِّ الأكبَرِ**، وذلك أنّ الْحَدَّ إنّما وُضِعَ للزّجر، فلا تأثير للزّجر بالضّرب مع الرّجم.

وعمدة الفريق الثّاني عموم قوله تعالى: ﴿ **ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ** ﴾[٤]؛ فَلَم يخص مُحصَنٌ من غير مُحصَن.

واحتجّوا أيضاً بِحديث عليّ ﷺ، خرّجه مسلمٌ[٥] وغيره أنّ عليّاً ﷺ جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس، ورجمها يوم الجمعة، وقال: جلدها بكتاب الله، ورجمتها بسنة رسوله.

وحديث عبادة بن الصّامت، وفيه: أنّ النّبيّ ﷺ قال: «خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ الله لَهُنَّ سَبيلاً؛ البِكرُ بالبِكرِ جَلدُ مائةٍ وتغريب عامٍ، والثَّيِّب

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١٣٢٤/٣، كتاب الحدود، باب مَن اعترف على نفسه بالزّنا، برقم: (١٦٩٦).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ١٧٢/١٢، كتاب المحاربين من أهل الكفر والرّدّة، باب أحكام أهل الذّمة...، برقم: (٦٦٠١)، ومسلم في صحيحه ١٣٢٦/٣، الموضع السّابق، برقم: (١٦٩٩).

(٣) وهي الغامدية، أخرجه مسلم ١٣٢٢/٣-١٣٢٣، من حديث بريدة المتقدّم في قصّة ماعز ص ١١٠٩.

(٤) سورة النّور، الآية: ٢.

(٥) لَم أجده عند مسلم، وإنّما أخرجه غيره منهم البخاري مختصراً عن الشّعبي عن عليّ حين رجم المرأة يوم الجمعة فقال: «رَجمتُها بسنة رسول الله ﷺ»، صحيح البخاري ١٢٠/١٢، كتاب المحاربين من أهل الكفر والرّدّة، باب رجم الْمُحصَن، برقم: (٦٥٧٥).

بالثّيِّب جَلدُ مائةٍ والرّجم بالحجارة[١]»[٢].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في المختصر: «لا يجمع في الْمُحصَن بين الْجَلد والرَّجْم»[٣].

ما جاء في المعونة: «إذا كانت الْحدودُ مِن أجناسٍ؛ كالْجَلد والقطع استوفيت، ولم تتداخل إلاّ أن يكون فيها قتلٌ؛ فإنّ ما دونه يدخل فيه إذا كان جهةُ استحقاقه واحدةً»[٤].

ما جاء في الاستذكار: «أجمع الجمهور من فقهاء المسلمين، أهل الفقه والأثر مِن لدن الصّحابة إلى يومنا هذا؛ أنّ الْمُحصَنَ مِنَ الزُّنَاة حَدُّهُ الرَّجمُ، واختلفوا أَعليْه مَع ذلك جَلْدٌ أم لا؟ فقال أكثرهم: لا جَلْدَ على الْمُحصَن، وإنّما عليه الرَّجْمُ فقط، ومِنْ حُجَّتِهم في هذا الحديث: (فَإِن اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا)[٥]، ولم يقل: اجْلِدْها ثم ارْجُمْها»[٦].

ما جاء في عقد الجواهر: «الفرع الثّالث: إذا اجتمعت عقوبات

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١٣١٦/٣، كتاب الحدود، باب حدّ الزّنا، برقم: (١٦٩٠).

(٢) بداية المجتهد ٣٧٦/٤-٣٧٨.

(٣) مختصر القدوري ص ١٩٦، وانظر: بدائع الصّنائع ٤٩٥/٥، والهداية ٩٩/٢.

(٤) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ١٣٩٩/٣.

(٥) من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الْجُهَنِيّ رضي الله عنهما في قصّة العسيف، أخرجه البخاري في صحيحه ٥٧٤/٤، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، برقم: (٢٢٤٨)، ومسلم في صحيحه ١٣٢٥/٣، كتاب الحدود، باب مَن اعترف على نفسه بالزّنا، برقم: (١٦٩٧/١٦٩٨).

(٦) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٤٨٥/٦، وانظر: التّمهيد ٥٢/١٢-٥٣.

الآدميِّين؛ كحدّ القذف، والقطع، والقتل، وطلبوا جميعاً؛ جُلِّدَ ثم قُتِلَ، ودخل القطع في القتل...،

ولو اجتمع حَدُّ القذف وحَدُّ الشّرب تداخلا، وأجزأ عنهما جَلدُ ثمانين أو أربعين.

ومَنْ زَنَى وهو بِكرٌ،ثم زنَى وهو ثَيِّبٌ اندرج الْجَلدُ تحت الرّجم»[١].

ما جاء في المغنِي مُعَلِلاً للرّواية القاضية بأنّه يُرْجَمُ ولا يُجلَدُ: «لأنّ الْحدودَ إذا اجتمعت وفيها قتلٌ سقط ما سواه؛ فالْحدُّ الواحدُ أَولَى»[٢].

ما جاء في المقنع: «فصل: وإذا اجتمعت حدودٌ لله فيها قتلٌ، استُوفِيَ وسقط سَائرُها...، وإن كانت من أجناسٍ استُوفِيَت كلّها، ويبدأ بالأخفّ فالأخفّ»[٣].

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: «إن اجتمعت حدودُ الله - تعالى- مِنْ أجناسٍ؛ كأن زَنَى وسَرَقَ وشَرِبَ الخمر،وفيها قتلٌ،بأن كان في المثل مُحْصَناً،استُوفِيَ القَتَلُ وحده»[٤].

ما جاء في مراتب الإجماع: «أجمعوا أنّ مَنْ اجتمع عليه حَدُّ الزّنا والخمر والقذف أنّ القتل[٥] عليه واجبٌ، واختلفوا أَيُقَامُ عليه قبل ذلك سائر الْحدودِ أم لا؟»[٦].

---

(١) عقد الجواهر لابن شاس ١١٧٥/٣.

(٢) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٣١٣/١٢-٣١٤.

(٣) المقنع لموفّق الدّين ابن قدامة ٢١١/٢٦، ٢١٤، وانظر: شرح منتهى الإرادات ١٧٧/٦.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٧٧/٦.

(٥) القتل يتأتّى فيما إذا كان الزّنا وقع بعد الإحصان.

(٦) مراتب الإجماع لابن حزم ص ١٢٩، وانظر: المهذّب ٥٨٦/٣-٥٨٧، وروضة =

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

مفاد القاعدة أنّ الحدّ الأصغر يدخل في الحدّ الأكبر منــه، ويغنِــي الأكبر عن الأصغر.

وبيان ذلك: إذا اجتمعت الحدود فلا يَخلو إمّا أن تكــون مُتَّحِــدَةَ الجنس والسّبب والجهة، والْمحلّ، أو مُختلفةً، فمثال اتّحادها؛ الرّجم والجلد في حدّ الزّاني الْمُحصَن؛ فإنّهما حقّان جهتهما واحدةٌ وهي أنّها حــقٌّ لله -تعالى-، وسببهما واحدٌ وهو الزّنا، ومَحلُّهما واحدٌ هو الزّانِي، فما كان هذا شأنُهُ من الحدود فأصغرها ينطوي تحت أكبرها، على مقتضى القاعدة[1].

أمّا إنْ كانت مُختلفةَ السّبب والجنس؛ فإنّه تُستَوفَى جميعــاً؛ بِــأن يَجتمع حقّان مختلفا الجهة والسّبب؛ كما لو اجتمع حدّ الزّنا بالرّجم مع الجلد في حدّ القذف؛ فإنّهما حقّان مختلفا الجهة؛فالرّجم حقّ الله سبحانه وتعالى، وحدّ القذف بالجلد حقّ العباد على الصّحيح؛ لأنّه لا يقــام إلاّ بطلب المقذوف[2]؛ قال في الاستذكار: «حدّ القذف أوكد مــن حــدّ الزّنا،ألا ترى أنّ مَنْ وَجَبَ عليه القتلُ وَوَجَبَتْ عليه حدودٌ، أنّه لا يُقــام عليه مع القتل إلاّ حدُّ القذف؛ فإنّه يُجْلَدُ للقذف، ثم يقتل عنــد مالــكٍ وكثيرٍ من العلماء»[3]، فلا يُسْقِطُ أحدُهما الآخرَ[4].

=

الطّالبين ١٠/١٦٤.

(١) انظر: الاستذكار ٦/٤٨٦، والمنتقى ٩/١٤٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٧٧.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٣٢-٥٣٣، والمعونة ٣/١٣٩٨-١٣٩٩، والاستذكار ٦/٥٢٣، والمقنع ٢٦/٢١١-٢١٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٩٩.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٦/٥٣٥.

(٤) وسيأتِي الكلام على هذا في القاعدة [٦٦] الخاصة باجتماع الحقّين إن شاء الله تعالى.

قال في المعونة: «الْحدود ما كانت من جنسٍ واحد، وكان سببُها واحداً تداخلت وأجزأ واحدُها عن سائرها؛ وذلك مثل أنّ يزني مراراً أو يشرب مراراً، أو يسرق مراراً، أو يقذف مراراً، واحداً أو جماعةً؛ فيجزي حدٌّ واحدٌ من ذلك كلّه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا ﴾[1]، ولَم يفرِّق، ولأنّ ذلك كتكرار الإيلاج والاجتراع جرعةً بعد جرعة، ولأنّ ذلك كالأحداث إذا تواترت قبل الطّهارة أنّ ما يجب بها عن الطّهارة ما يتداخل.

فأمّا إن كانت من جنسٍ واحد، وأسبابها مُختلفةٌ؛ كالزّنا والشّرب والقذف؛ فإنّها لا تتداخل، ويُستوفَى جميعها إلاّ أن يكون أحدُها فرعاً للآخر؛ فيتداخلان، وذلك كحدّ القذف والشّرب؛ لأنّ الشّرب مأخوذٌ من القذف فشبّه به...

وإذا كانت الْحدودُ من أجناسٍ؛ كالْجَلد والقطع استوفيت، ولم تتداخل إلاّ أن يكون فيها قتلٌ؛ فإنّ ما دونه يدخل فيه إذا كانت جهة استحقاقه واحدةً، فأمّا إن كان الغرضُ مُختلفاً؛ فإنّ القتل لا يجزي منه؛ كحدّ القذف، يُجلَد القاذفُ ثم يُقتَلُ؛ لأنّ الغرض بالْحدود دفع الْمعرّة عن المقذوف، ولا يكون ذلك إلاّ بحدّ قاذفه»[2].

ويظهر ممّا سبق أنّ تداخل الحدود، وانطواء بعضها في بعض، إنّما هو فيما تَمَحَّضَت حقّاً لله -تعالى- من الحدود وفيها قتلٌ؛ فإنّه يُقتَلُ وتسقط البواقي؛ فهذا هو موضوع القاعدة، أو لم يكن فيها قتلٌ وكانت

---

(١) سورة النّور، الآية: ٢.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ١٣٩٨/٣، وانظر: بدائع الصّنائع ٥٣٢/٥-٥٣٣، والمهذّب ٥٨٦/٣.

من جنسٍ واحد، كَمَن زنى أو سرق أو شرب مراراً أجزأ حَدٌّ واحدٌ.

أمّا إن كانت حدودٌ مَحضٌ لله -تعالى-، مختلفةُ الأجناسٍ؛ فإنّها تُستُوفَى كلّها، ولا تتداخل، ويُبدأ بالأخفّ فالأخفّ.

وكذلك الحدود التي هي مَحْضُ حقوق الآدَميِّين؛ فإنّها تُستَوفَى جميعُها، سواء كان فيها قتلٌ أو لَم يكن، ويبدأ بغير القتل[١].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة مختلفٌ فيها عند أهل العلم كما هو بيِّنٌ في مناسبة إيرادها، والقول بها هو مذهب جمهور أهل العلم، مقابلٌ لقول بعضهم بعدم تداخل الْحدّين إذا اتّحد الجنس والسّبب والجنس وكان أحدهما داخلاً في الآخر؛ بحيث يغنِي عن إقامة الثّانِي، والقول بِمقتضى القاعدة أحظى المذهبين بالأدلّة، وقد تقدّم ذلك حيث ذكر الإمام ابن رشد شيئاً من أدلّة كلا الفريقين، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

ويُلاحظ أنّ موضوع القاعدة هو الحدود التِي تَمَحَّضَتْ حقّاً لله تعالى، وهو موضع الخلاف، وأمّا الحدود التِي تَمَحَّضَتْ حقّاً للعباد فلا خلاف في أنّها تُستَوفَى جميعها[٢].

وأجاب الجمهور عن أدلّة القائلين بالجمع بين الرّجم والْجَلد بما يلي:

١-أنّ حديث عبادة بن الصّامت مَنسوخٌ بأحاديث رجم النّبِيّ ﷺ من غير الْجَلْد، فكان حديثه في أوّل نزول آية الْجَلد، ثم رجم رسول الله

---

(١) انظر: المقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١١-٢١٥، و٢٢١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع٥/٥٢٢، والمقنع والشّرح الكبير٢٦/٢١١-٢١٥، و٢٢١.

ﷺ جماعةً و لم يجلدهم، فعُلِمَ أنّ هذا حكمٌ أحدَثَهُ الله، ونسخ به ما قبله، وإنّما يؤخذ بالأحدث فالأحدث من أمر رسول الله ﷺ[١].

٢-وأمّا حديث عليّ رضي الله عنه فليس بالقوِيّ؛ لأنّ الشّعبي لَم يسمع من عليٍّ[٢].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بما يلي:

١-قوله ﷺ : «...فإن اعْتَرَفَتْ فارْجُمْهَا»[٣]، قال في الاستذكار:«ولَم يَقُل:اجْلِدْها،ثُمَّ ارْجُمْهَا» ثم ذكر مَنْ قال بهذا القول وقال: «كلّ هؤلاء يقول لا يَجتمع جَلْدٌ ورَجْمٌ»[٤]؛حيث اقتصر ﷺ على الرّجم فقط و لم يأمره بالجلد قبل الرّجم[٥].

قال في الاستذكار: «مِن أوضح شيءٍ في هذا المعنَى وأصحّه؛

(١) وللحافظ ابن حجر في فتح الباري ١٢/١٢٢، كلامٌ جميلٌ في وجه النّسخ، ومناقشةٌ لمَن حاول الجمع بينهما، يُراجَعُ للاستفادة، وخلص إلى قوله هو: أمّا قصّة ماعزٍ فجاءت من طرق متنوّعة بأسانيدَ مُختلفة لم يذكر في شيءٍ منها أنّه جُلِّدَ، و لمْ يُذْكَر أنّ واحداً ممَّن رُجِّمَ جُلِدَ ثم رُجِمَ؛ فَدَلَّ تركُ ذكره علَى عدم وقوعه، ودلّ عدمُ وقوعه علَى عدم وجوبه.
وانظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٩٥-٤٩٦، والتّمهيد ١٢/٥٥، والاستذكار ٦/٤٨٦، والمقدّمات ٣/٢٤٤-٢٤٥، والمغني ١٢/٣٠٩-٣١٠، و٣١٣، وشرح مسلم ١١/١٨٩.

(٢) انظر: التّمهيد ١٢/٥٤-٥٥، وفتح الباري ١٢/١٢١.

(٣) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة من حديث قصّة العسيف.

(٤) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٦/٤٨٥، وانظر: التّمهيد ١٢/٥٣، و٧٣.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٩٥-٤٩٦، والتّمهيد ١٢/٥٣، و٧٣، والاستذكار ٦/٤٨٦-٤٨٧، وفتح الباري ١٢/١٢٢.

حديث ابن شهاب في هذا الباب —يعني: حديث العسيف[١]–، وفيه: أنّه جَلَدَ البكرَ وغرّبه عاماً، ورَجَم المرأةَ، ولو جَلَدَ لَنُقِلَ ذلك كما نُقِلَ أنّه رَجَمَهَا، وكانت ثَيِّباً»[٢].

وقال في فتح الباري: أمّا قصّة ماعزٍ فجاءت من طرق متنوّعة بأسانيدَ مُختلفة لم يذكر في شيءٍ منها أنّه جُلِدَ، ولم يُذْكَر أنّ واحداً ممَّن رُجِمَ جُلِدَ ثم رُجِمَ؛ فَدَلَّ تركُ ذكْره على عدم وقوعه، ودلّ عدمُ وقوعِه على عدم وجوبه[٣].

٢- الأثر الْمَروِيّ عن عبد الله بن مسعود ﷺ قال: «إذا اجتمع حَدَّان؛ أحدهما القتلُ أحاط القتلُ بذلك»[٤]، قال في شرح منتهى الإرادات بعد ذكر الأثر: «ولا يُعرَفُ له مُخَالفٌ من الصّحابة»[٥]، فكان إجماعاً.

٣- لأنّ وقت حديث العسيف وَقْتُ تعليم واستيفاء الحكم، ولم يذكر جَلداً فثبت أنّه ليس من حكم الثَّيِّب الزّاني، ولأنّه معنًى يوجب القتل بحَقّ الله -تعالى- فلم يَجب فيه الْجَلدُ مع القتل كالرّدّة[٦].

٤- لأنّ الْحدود إذا اجتمعت وفيها قَتلٌ، سقط ما سواه؛ فالْحدُّ الواحدُ أَولَى[٧].

---

(١) العسيف: الأجير. انظر: الاستذكار ٦/٤٩١، والمنتقى ٩/١٤٣.
(٢) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٦/٤٨٦-٤٨٧، وانظر: التّمهيد ١٢/٥٢، و٥٥، والمنتقى ٩/١٤٥.
(٣) انظر: فتح الباري ١٢/١٢٢.
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفه ٩/٤٧٩.
(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦/١٧٧.
(٦) انظر: المنتقى ٩/١٤٥.
(٧) انظر: المغني ١٢/٣١٤.

٥-لأنّ الغرض من إقامة الْحدود الزّجر، ومع القتل لا حاجة إليه(١).

من تطبيقات القاعدة:

١-ليس على الْمرجوم في الزّنا جلدٌ؛ لأنّهما حدّان لِمحلٍّ واحد بسببٍ واحد فانطوى الأصغر في الأكبر؛ فمَنْ زَنَى وهو بِكرٌ ولَم يُحَدَّ حتّى أُحْصِنَ، ثم زنَى وهو ثَيِّبٌ اندرج الْجَلدُ تحت الرّجم(٢).

٢-ولو اجتمع حَدُّ القذف وحَدُّ الشّرب تداخلا، وأجزأ عنهما جَلدُ ثمانين أو أربعين(٣).

٣-مَنْ زنى وسَرَقَ وشَرِبَ الْخمر وكان مُحصَناً؛ أقيم عليه حدّ الزّنا وهو رجمه حتّى الموت؛ لأنّ بقية الحدود داخلةٌ تحته(٤).

٤-وكذا المحارِب إذا قتل وأخذ الْمال،على القول بأنّ عقوبات الْحرابة على التّرتيب؛ فإنّه يقتل ويدخل القطع تحته، لأنّ الغرض من الحدود الزّجرُ، ومع القتل لا حاجة إليه(٥).

٥-وإن اجتمع ما يوجب القتل والرّجم للمحاربة، وللرّدّة، وترك الصّلاة؛ فينبغي أن يُقتَلَ للمحاربة، ويسقط غيرُهُ؛ لأنّ فيه حقّاً آدميّاً في القصاص الْمحاربة إنّما أثّرت بِتحتّمه،وحقّ الآدمِيّ يَجب تقديمه(٦).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٢٢/٥، وشرح منتهى الإرادات ١٧٧/٦-١٧٨.

(٢) انظر: التّمهيد ٥٣/١٢، و٧٣، والاستذكار ٤٨٦/٦، وعقد الجواهر ١١٧٥/٣، والمهذّب ٥٣١/٣، والإنصاف ٢٣٨/٢٦.

(٣) انظر: عقد الجواهر ١١٧٥/٣.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ١٧٧/٦.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٥٢٢/٥، وشرح منتهى الإرادات ١٧٧/٦-١٧٨.

(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات ١٧٨/٦.

٦-أمّا لو اجتمعت الْحدودُ من أجناسٍ مختلفة السّبب والجهة؛ فإنّه يجب استيفاؤها كاملةً؛ كبكرٍ زَنَى، وشَرِبَ، وسَرَقَ، وجب أن يبدأ بالأخفّ فالأخفّ؛ فَيُحَدُّ أوّلاً لشُرب، ثم لزنًى ثم لقطع[1].

٧-تُستَوفَى حقوقٌ آدميّةٌ كلّها فيها قتلٌ أم لا، كسائر حقوقه؛ لأنّ ما دون القتل حقّ الآدميّ فلا يسقط بالقتل؛ كالدّيون، بخلاف حقّ الله -تعالى-؛ فإنّه مَبْنِيٌّ على الْمسامحة، ويبدأ بغير قتلٍ الأخفّ فالأخفّ وجوباً، فَمَن قذف، وقطع عضواً، وقتل مكافئاً؛ حُدَّ أوّلاً لقذفٍ، ثم قطعٍ، ثم قتل[2].

٨-لو جُلِدَ الزّانِي على أنّه بِكرٌ، ثم بان مُحْصَناً، رُجِمَ؛ لأنّ الواجب إماتته بالرّجم فيجب إتمامُهُ حتّى يؤتَى بالْحدّ الواجب[3].

٩-حيث قيل باستيفاء جميع الْحدود فلا يُستَوفَى حَدٌّ لاحقٌ حتّى يَبرأ ما قبله؛ لئلاّ يؤدّي توالي الْحدود عليه إلى تلفه[4].

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات ١٧٨/٦.
(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ١٧٨/٦.
(٣) انظر: المغني ٣٢٠/١٢.
(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ١٧٩/٦.

المبحث الرّابع:القاعدة الخامسة والخمسون [٥٥]

[القَطْعُ في كلّ مُتموّلٍ يَجوز بَيعهُ وأخْذُ العِوَضِ عَنْهُ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل كتاب السّرقة، في مسألة تعيين جنس المسروق الذي يجب فيه القطعُ؛ حيث قال: «فصل: وأمّا جنس المسروق؛ فإنّ العلماء اتّفقوا على أنّ **كلّ مُتَملَّك غير ناطقٍ يَجوز بيعه وأَخْذُ العِوَضِ منه**؛ فإنّه يَجب في سَرِقَتِه القطعُ ما عدا الأشياء الرّطبة الْمأكولة، والأشياء التي أصلها مباحٌ؛ فإنّهم اختلفوا في ذلك؛

فذهب الجمهور إلى أنّ **القطع في كلّ مُتَموَّلٍ يَجوز بَيعُهُ، وأَخْذُ العِوَض فيه**[١].

وقال أبوحنيفة: لا قطع في الطّعام ولا فيما أصله مباحٌ؛ كالصّيد والحطب والحشيش[٢].

وعمدة الجمهور عموم الآية[٣] الموجبة للقطع، وعموم الآثارالواردة في اشتراط النّصاب[٤].

---

(١) انظر: عقد الجواهر ٣/١١٥٨-١١٦٧، ومختصر المزني ص ٣٥١، والمهذّب ٣/٥٥٧، و٥٦٠-٥٦١، والمغني ١٢/٤٢١، و٤٢٤-٤٢٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/٢٣٣-٢٣٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٠١، وبدائع الصّنائع ٦/٩-١١-١٢، والهداية ٢/١١٩-١٢١.

(٣) يشير إلى قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[المائدة: ٢٨].

(٤) منها: قوله ﷺ : «لا تُقْطَع يَدُ السَّارِقِ إلاّ في رُبع دِينارٍ فصاعداً»، أخرجه البخاري =

وعمدة أبي حنيفة في منع القطع في الطّعام الرّطب قوله ﷺ: (لا قطْعَ في ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ)[1]، وذلك أنّ هذا الحديث رُوِيَ هكذا مُطْلَقاً من غير زيادة.

وعمدته[2] أيضاً في منع القطع فيما أصله مباحٌ، الشّبهةُ التي فيه لكلّ مالكٍ، وذلك أنّهم اتّفقوا على أنّ من شرط المسروق الذي يجب فيه

=

في صحيحه ١٢/٩٩، كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[المائدة: ٢٨]، وفي كم يُقْطَعُ؟ برقم: (٦٥٥٢-٦٥٥٣)، ومسلم في صحيحه ٣/١٣١٢، كتاب الحدود، باب حدّ السّرقة ونصابها، برقم: (٢/١٦٨٤)، واللّفظ له.

والنّصاب هو: الأصل والمرجع، ومنه: رجعت الأمور إلى نصابها، والجمع: نُصُبٍ، وأَنْصِبَة.

وفي عرف الفقهاء هو: المقدار الذي يتعلّق به الواجب؛ كنصاب القطع في السّرقة؛ المقدار الذي يجب قطع اليد بسرقته بشروطه.

انظر: المفردات ص ٤٩٦، والمصباح المنير ص ٢٣٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٥٠-٤٥١، وتفسير السّعدي ص ٢٣١.

(١) أخرجه مالكٌ في موطّئه ٢/٨٣٩، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه، برقم: (٣٢)، وأبو داود في سننه ٤/٥٤٩، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه، برقم: (٤٣٨٨)، والتّرمذيّ في سننه ٤/٤٣، كتاب الحدود، باب ما جاء: لا قطع في ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ، برقم: (١٤٤٩)، وابن ماجه في سننه ٢/٨٦٥، كتاب الحدود، باب لا يقطع في ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ، برقم: (٣٥٩٣)، وهو حديثٌ صحيحٌ، صَحَّحَه الألباني في: صحيح ابن ماجه برقم: (٢١٠١، و٢١٠٢)، والجامع الصّغير برقم: (١٣٥٠٢)، ومشكاة المصابيح برقم: (٣٥٩٣، و٣٥٩٥)، وتخريجه في بداية المجتهد ٤/٤٠٧.

قال الإمام مالك في الموطأ ٢/٨٣٩: «والكَثَرُ: الْجُمَّارُ».

وانظر: سنن أبي داود ٤/٥٥٠، وبدائع الصّنائع ٦/١١-١٢، والهداية ٢/١٢٠، والتّمهيد ١٤/١٢١، و١٢٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٠، و١٢، والهداية ٢/١١٩-١٢١.

القطع ألاّ يكون للسّارق فيه شُبهةُ مِلْكٍ»[(١)].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «فصلٌ: وأمّا ما يرجع إلى الْمسروق فأنواعٌ؛ منها: أن يكون مالاً مُطلقاً، لا قصور في ماليّته، ولا شبهة، وهو أن يكون مِمّا يَتموَّله النّاسُ ويَعُدُّونه مالاً؛ لأنّ ذلك يُشعِر بعِزّته وخطره عندهم، وما لا يَتَموَّلُونه فهو تافهٌ حقيرٌ»[(٢)]، والشّيء التّافه الحقير لا يُحرَزُ عادةً، أو لا يُحرَزُ إحرازَ الْخطر، والحرز الْمطلق شرطٌ.

ما جاء في التّمهيد: «مَنْ سَرَقَ شيئاً مِن الأشياء التي يَحلّ تَمَلُّكُها إذا كان لَها مالكٌ، وكانت في حِرزٍ؛ فسَرَقَ السّارقُ شيئاً منها وأخرجه عن حرزه وبان به، وبلغ قيمته عند التّقويم في حين السّرقة ثلاثة دراهم كيلاً من وَرِق طيبة لا دلسة فيها، وجب قطعُ يد السّارق لذلك، كان حُرّاً أو عبداً، شريفاً كان أو وضيعاً، إذا كان بالغاً مُكَلَّفاً تَجري عليه الفرائضُ والْحدودُ»[(٣)].

ما جاء في المنتقى: «يُقطَعُ في جميع المنقولات التي يجوز بيعُها وأَخْذُ العِوَضِ عليها، كان أصلُها مُباحاً؛ كالماء والصّيد والتّراب والحشيش، أو محظوراً؛ كالثّياب والعقار...؛ لأنّه نوعُ مالٍ يُتَمَوَّلُ مُعتاداً؛ كالثّياب والعبيد»[(٤)].

---

(١) بداية المجتهد ٤٠٧/٤.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٩/٦، و١٢، وانظر: الهداية ١٢٠/٢.

(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٩٥/١٤، وانظر: حدود ابن عرفة ٦٤٩/٢.

(٤) المنتقى للباجي ١٨٢/٩، وانظر: ص ٢٣٦ منه، والقوانين الفقهية ص ٢٣٥.

ما جاء في أحكام القرآن: «المسألة السّابعة: متعلّق المسروق؛ فهو كلُّ مالٍ تَمْتَدُّ إليه الأطماع، ويصلح عادةً وشرعاً للانتفاع به، فإن منع منه الشّرعُ لَم ينفع تعلّق الطّماعية فيه، ولا يتصوّر الانتفاع منه؛ كالخمر والخنْزير مثلاً»[(١)].

ثم قال: «ومنه: كلّ مالٍ يُسْرَع إليه الفسادُ من الأطعمة والفواكه؛ لأنّه يُباعُ ويُبتاع، وتَمتدّ إليه الأطماع، وتبذل فيه نفائسُ الأموال...

ومنه: كلّ ما كان أصلُهُ على الإباحة؛ كجواهر الأرض ومعادنها، وشبه ذلك؛ لأنّه كان مُباحَ الأصل، ثم طرأ عليه الْمِلْكُ»[(٢)].

ما جاء في المهذّب: «فصلٌ: ولا يَجب القطعُ بسَرِقَة ما ليس بمالٍ؛ كالكلب، والْختزير، والْخمر، والسّرجين، سواء سَرَقَهُ من مسلمٍ أم من ذمّيٍّ؛ لأنّ القطع جُعِلَ لصيانة الأموال، وهذه الأشياء ليست بمالٍ»[(٣)].

ما جاء في المغني: «الشّرط الثّالث: أن يكون المسروق مالاً؛ فإن سَرَقَ ما ليس بمال، كالحرّ فلا قطع فيه»[(٤)].

وفيه أيضاً مُعَلِّلاً لما يُقْطَع فيه: «لأنّ هذا مالٌ يُتَموَّلُ عادةً، ويُرْغَبُ فيه، فَيُقْطَعُ سَارِقُهُ إذا اجتمعت الشّروط»[(٥)].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

---

(١) أحكام ابن العربيّ ٢/١٠٧، وانظر منه: ١٠٩، وعقد الجواهر ٣/١١٥٨، و١١٦١، وتفسير القرطبي ٦/١٥٥، وتفسير السّعديّ ص ٢٣١.

(٢) أحكام ابن العربي ٢/١٠٩.

(٣) المهذّب لأبي إسحاق الشّيرازي ٣/٥٦٨، وفتح الباري ١٢/١١٠.

(٤) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٢/٤٢١، وانظر: شرح منتهى الإرادات ٦/٢٣٣.

(٥) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٢/٤٢٥.

وضعت القاعدة ضبطاً لمسروقٍ الذي يجب القطع لأجل سرقته، ومفادها أنّ القطع يجب بسرقة كلّ مالٍ أو ما يعدّ مالاً في عرف النّاس، وهو الذي يجوز بيعه وأخذ العوض عنه شرعاً.

والسّرقة هي: أخذ مال مَملوك للغير خفيةً، والسّرقة الموجبة للقطع هي: أخذُ المكلَّف نصاباً خالياً من الملك وشبهته مِن حِرْزٍ خفيةً[١].

وحكمة ذلك: صيانة الأموال، التي هي وقاية النّفس والعقل والعرض[٢].

ويبرز علوّ جودة مستوى الصّناعة الفقهيّة عند الإمام ابن رشد في ترتيبه الفقهيّ للأبواب؛ حيث قدَّم حدّ الزّنا؛ لأنّه شُرِعَ لصيانة الأنساب والأعراض، وفيه إحياءٌ للنّفوس؛ لأنّ الولد من الزّنا هالكٌ معنًى لعدم مَن يُرَبِّيه، ثم بعده حدّ القذف؛ لأنّه لصيانة العِرضِ، ثم حدّ شرب المسكر؛ لأنّه لصيانة العقول التي بها قِوَامُ النّفوس، ثم حدّ السّرقة؛ لأنّه لصيانة الأموال التي هي وقاية النّفس والعقل والعرض جميعاً، ثم حدّ الحرابة؛ لأنّه لصيانة أمن الأمة، ويشمل جميع ما تقدّم[٣].

ولا خلاف بين المسلمين قاطبةً في مشروعية حدّ السَّرِقَة، وأنّ القطع يجب على مَنْ سَرَقَ ما يَجب به القطعُ من الحرز، كما أجمعوا على أنّ مَنْ

---

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢١٧، وانظر: المفردات ص ٢٣٦-٢٣٧، وطلبة الطّلبة ص ١٨١، وأنيس الفقهاء ص ٦٣، وتفسير السّعدي ص ٢٣١.

(٢) انظر: طلبة الطّلبة ص ١٨١، وتفسير السّعديّ ص ٢٣١.

(٣) ووافقه في هذا التّرتيب الفقهيّ الإمام موفّق الدِّين ابن قدامة.
انظر: بداية المجتهد٢/٤٣٣-٤٥٥، وعمدة الفقه ص١٦٢-١٦٤، والعدّة ٢/١٧٠-١٨٣، وانظر أيضاً: مختصر القدوري ص ١٩٥-٢٠٤، ومختصر خليل ص ٢٨٣-٢٨٨، واللّباب ص٣٨٣، والمهذّب ٣/٥٢٧-٥٨٢، وتفسير السّعديّ ص٢٣١.

سَرَقَ من الفسطاط[١]، شيئاً قِيمته ما تُقطَعُ منه اليد أنّ عليه القطع[٢].

وذلك لعموم ظاهر الآية الكريْمة: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴾[٣]، وظاهر هذا العموم أنّه في كلّ سارق، وفي كلّ مسروق، وليس كذلك؛ لثبوت تخصيصه بالسّنة، وهو ألاَّ قطع إلاّ في ربع الدِّينار، فصاعداً، أو ثلاثة دراهم فصاعداً، وفيما يساوي ربع الدّينار من العروض غير الذّهب والفضّة[٤].

قال في تيسير الكريم: «السّنة قَيَّدَت عموم هذه الآية من عدّة أوجه:

منها: الحرز؛ فإنّه لا بدّ أن تكون السّرقة من حِرزٍ، وحرزُ كلّ مالٍ: ما يُحْفَظُ به عادةً؛ فلو سرق من غير حِرزٍ فلا قطع عليه.

ومنها: أنّه لا بدّ أن يكون المسروق نصاباً، وهو ربع دِينارٍ، أو ثلاثة دراهم، أو ما يساوي أحدهما، فلو سرق دون ذلك فلا قطع عليه.

---

(١) الفسطاط؛ بيتٌ يُتَّخَذُ من الشَّعَر، يعني: الخيمة العظيمة، والجمع: فَسَاطيط، وقيل هو: مدينةُ مصرِ العتيقة التي بناها عمرو بن العاص رضي الله عنه، وكــلّ مدينــةٍ جامعة فُسطاطٌ، ويقال: فَسطاس، وفرطاس.
انظر: المصباح المنير ص ١٨٠، والمعجم الوســيط ص ٦٨٨، والنّهايــة ٤٤٥/٣، وطلبة الطّلبة ص ١٤٣.

(٢) انظر: الاستذكار ٥٦٣/٦، والمنتقى ٢١٩/٩، و٢٢٥، وإجماع ابن المنذر ص ٦٧، ف(٦١٥-٦١٦)، والمهذّب٥٥٩/٣-٥٦٠، وروضة الطّالبين١١٠/١٠، و١٢١، والمغني ٤٢١/١٢، و٤٢٥، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٣/٦والمحلّى ٣٠٠/١٢.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٣٨.

(٤) انظر: التّمهيد ٩٠/١٤-١٠٧، وأحكام ابن العربي ١٠٧/٢، والمهذّب ٥٥٨/٣، وروضة الطّالبين ١١٢/١٠، ومختصر الخرقي والمغني ٤١٥/١٢-٤٣٧، والمحلّــى ٣٤٤/١٢، وتفسير القرطبي ١٥٢/٦، وشرح مسلم ١٨٢/١١-١٨٥.

ولعلّ هذا يؤخذ من لفظ السّرقة ومعناها؛ فإنّ لفظ السّرقة: أخذ الشّيء على وجه لا يمكن الاحتراز منه، وذلك أن يكون المال مُحْرَزاً؛ فلو كان غير مُحرَز لم يكن ذلك سرقةً شرعيّة.

ومن الحكمة -أيضاً- ألاّ تُقطَعَ اليدُ في الشّيء النّزر التّافه، فلمّا كان لا بدّ من التّقدير، كان التّقدير الشّرعيّ مُخَصِّصاً للكتاب.

والحكمة من قطع اليد في السّرقة: أنّ ذلك حفظ للأموال، واحتياطٌ لها، وليقطع العضو الذي صدرت منه الجناية»[1].

والسّرقة لها ثلاثة أركان[2]: سارقٌ، ومسروقٌ، وطريقةٌ أو كيفيةٌ وهي السَرِقَةُ نفسها، ومتعلّق هذه القاعدة الرّكن الثّاني الذي هو الْمسروق.

فما ضابط الشّيء المسروق الذي إذا سُرِقَ وجب به القطع، وما مقداره؟ هذا هو موضوع القاعدة؛ فهي تُبَيِّن جنس المسروق الذي فيه القطع، ويشمل ذلك نصاب المسروق، وتُبَيِّن أنَّ من شروط جنس المسروق ماليّتَهُ، يعني: أنّ يكون مِمّا يُتَموَّل، ويتقوّم، وتَمتدّ إليه أطماع النّاس، ويصلح عادةً وشرعاً للانتفاع به بلا حاجّة أو ضرورة، فكلّ ما جاز الانتفاع به شرعاً بوجه من وجوه الانتفاع؛ كالبيع ونحوه؛ فإنّ في سَرِقَتِه قطعاً إذا توفّرت فيها شروط القطع، وأنّ ما ليس بِمالٍ ولا يَجوز بيعه ولا اتّخاذه شرعاً إلاّ لحاجة أو ضرورة؛ كالْخمرِ والْخنْزير وشبههما؛ فلا قطع على مَنْ سَرَقَهُ[3]، هذا مِما لا خلاف فيه في الجملة

---

(١) تفسير السّعدي ص ٢٣١.

(٢) انظر: عقد الجواهر ١١٥٨/٣، و١١٦٧، و١١٦٩، وبداية المجتهد ٤٥٠/٢، وروضة الطّالبين ١١٠/١٠.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٩/٦-١٣، و١٨، والتّمهيد ٩٥/١٤، والاستذكار ٥٣٧/٦- =

بين أهل العلم، ولكن هل له حدٌّ وتوقيتٌ يَنتهي إليه؛ بِحيث تُقطَعُ فيما فوقه دون ما نقص عنه؟ وهو الْمعبَّر عنه بالنّصاب.

فالصّحيح[١] اشتراط النّصاب في المال المسروق الذي تُقطَع فيه؛ لأنّ الأعراف والعوائد تقطع بأنّ سَرِقَةَ النّزر التّافه لغوٌ، وسَرِقَةَ الكثير قَدراً أو صفةً مَحسوبٌ؛ لأنّ الْمعتبر في القيمة هو المنفعة المقصودة من المسروق عادةً وشرعاً[٢].

ولَمّا كان القطعُ مُتعلّقاً بقدرٍ معلومٍ، والعقلُ لا يهتدي إلى الفصل فيه بِحدٍّ تَقف المعرفةُ عنده، فتولّى الشّرعُ تَحديدَهُ بربع دينار، كما في حديث عائشة -رضي الله عنها- أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا تُقْطَع يَدُ السَّارِقِ إلاّ في رُبع دِينارٍ فصاعداً»[٣]، قال في أحكام القرآن: «وهذا

=

٥٤٣، والمنتقى ٩/١٨٣، وعقد الجواهر ٣/١١٥٨، و١١٦١، والمغني ١٢/٤٢٤-٤٢٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/٢٣٣، وأحكام ابن العربي ٢/١٠٧، و١٠٩، وشرح مسلم ١١/١٨١-١٨٢-١٨٥.

(١) القول باشتراط النّصاب مذهب المذاهب الفقهية الأربعة في الجملة، مع اختلاف بينهم في تحديد النّصاب، وذهب الظّاهرية إلى عدم اشتراط النّصاب، وأنّ القطعَ يجب في قليلٍ وكثيرٍ ممّا يُتَمَوَّل، تَمَسُّكاً بظاهر الآية الكريمة، ونُسِبَ إلى ابن الزّبير. انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٨، و٢٣-٢٧، والتّمهيد ١٤/٩٥، والاستذكار ٦/٥٣٨، و٥٦٣، والمنتقى ٩/١٨٣، و٢٢٣، وعقد الجواهر ٣/١١٥٩، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٦٥١، ومختصر المزني ص ٣٥١، والمهذّب ٣/٥٥٨، وروضة الطّالبين ١٠/١١٠، والمغني ١٢/٤١٨، وشرح منتهى الإرادات ٦/٢٣٦-٢٣٧، و٢٤٢-٢٤٤، والمحلّى ١٢/٣٤٤، وفتح الباري ١٢/١٠٩، وأحكام ابن العربي ٢/١٠٧، وتفسير القرطبي ٦/١٥٢-١٥٦، وشرح مسلم ١١/١٨١-١٨٢.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٣/١١٦٠، وتفسير السّعديّ ص ٢٣١.

(٣) تقدّم تخريجه في أوّل هذه القاعدة.

نَصٌّ»[١]، وقال في التّمهيد: «رفع هذا الحديث صحيحٌ...، وهو حديثٌ مَدَنِيٌّ ثابتٌ، لا مدفع فيه أيضاً، ولا مطعن لأحد، وعليه عَوَّلَ مالكٌ وأهل المدينة والشّافعي وفقهاء الْحجاز، وجماعة أصحاب الحديث فيمَن سرق ربع دِينارٍ ذهباً أنّه يُقْطَعُ، لكن الشّافعي جَعَلَ هذا الحديث أصلاً رَدَّ إليه تقويم العروض...»[٢].

وحديث ابن عمر -رضي الله عنهما- أنّ رسول الله ﷺ قَطَعَ في مِجَنٍّ، ثَمنُهُ ثلاثة دراهم[٣].

قال في التّمهيد: «هذا أصحّ حديث يُروَى عن النّبيّ ﷺ في هذا الباب، لا يَختلف أهل العلم بالحديث في ذلك، والْمِجَنّ: التّرس والدّرقة، وذلك معروف يستغنَى عن التّفسير»[٤].

والصّحيح -أيضاً- أنّ النّصاب هو ثلاثة دراهم إذا كان الفضّة، وربع دِينار إن كان الذّهب، وأنّ الاعتماد في تقويم العروض فيما عدا النّقدين -الذّهب والورق- يكون على ربع دِينار[٥]، قال في التّمهيد:

---

(١) أحكام ابن العربي ٢/١٠٧.

(٢) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٤/٩٧، وانظر: الاستذكار ٦/٤٩٩، و٥٣٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١٢/٩٩، كتاب الحدود، باب قول الله -تعالى-: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ وفي كم يُقْطَع؟، برقم: (٦٥٥٨)، ومسلم في صحيحه ٣/١٣١٣، كتاب الحدود، باب حدّ السّرقة ونصابها، برقم: (١٦٨٦)، واللّفظ له.

(٤) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٤/٩٥، وانظر: الاستذكار ٦/٥٣٩-٥٤٣، وطلبة الطّلبة ص ١٨١.

(٥) وذهب المالكية والحنابلة إلى أنّ الاعتبار ثلاثة دراهم دون مراعاة ربع دِينارٍ، واعتبر الحنفية عشرة دراهم.

=

«... لكن الشّافعي جعل هذا الحديث أصلاً رَدَّ إليه تقويم العروض، فَمَن سَرَقَ عنده من ذهبٍ تبراً وعين ربع دِينارٍ فصاعداً على ما ذكرنا من شروط السَّرِقَة، وجب عليه القطع...»، ثم قال بعد إيراده لاختلاف الصّحابة وأهل العلم بعدهم في تفسير الْمِجَنّ الذي قُطِعَ فيه: «وإنّما مال الشّافعي -رحمه الله- في التّقويم إلى حديث الرّبع دِينار؛ لأنّه حديثٌ مَدَنيٌّ صحيحٌ، رواه جماعةُ الأئمة بالمدينة، وترك حديث ابن عمر؛ لما رآه والله أعلم مِن اختلاف الصّحابة في الْمِجَنّ الذي قَطَعَ فيه رسولُ الله ﷺ ...، وحديث عائشة في الرّبع دينار حديثٌ صحيحٌ ثابتٌ، لم يَختلف فيه عن عائشة، إلاّ أنّ بعضهم وَقّفَهُ، ورفعه مَنْ يَجِبُ العملُ بقوله لِحفظه وعدالته»[(١)].

وكذلك يشترطُ الْحرزُ للمال الذي يقطع في سرقته؛ بحيث يكون مُحرَزاً مطلقاً خالياً عن شبهة العدم، كما يُشتَرَطُ تمام الإخراج منه، يعني: لِثبوت القطع بكون المال المسروق مُخْرَجاً من حرزه المعتاد لحفظ الأموال؛ لأنّ الأخذ إثبات اليد، ولا يَتمّ ذلك إلاّ بالإخراج من الْحرز، والْحِرزُ يَختلف في كلّ شيءٍ بِحسب حاله، والمرجع فيه العرف والعادة،

=

انظر: مختصر القدوري ص ٢٠١، وبدائع الصّنائع ٦/٢٣-٢٧، والهداية ٢/١١٨، والتّمهيد ١٤/٩٥-٩٧-١٠١، والاستذكار ٦/٥٣٨، و٥٦٣، والمنتقى ٩/١٨٣-١٨٧، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٦٥١، والمهذّب ٣/٥٥٨، وروضة الطّالبين ١٠/١١٠، والمغني ١٢/٤١٨، والمحلّى ١٢/٣٤٤، وأحكام ابن العربي ٢/١٠٧، وتفسير القرطبي ٦/١٥٣، وشرح مسلم ١١/١٨٢-١٨٣، وفتح الباري ١٢/١٠٨، وتفسير السّعديّ ص ٢٣١.

(١) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٤/٩٧، و٩٩، و١٠٥، و١٠٧.

وأمّا الدّخول في الْحرز فلا يُشتَرط، فلو قلّب الصّندوق حتّى أخرج منه النّقودَ أو المتاعَ وجب القطع وإن لم يوجد منه الدّخول[١]، قال الإمام ابن رشد: «كلُّ مَنْ سُمِّيَ مُخْرِجاً للشَّيء من حِرزِهِ وجب عليه القطعُ، وسواء كان داخل الحرز، أم خارجه»[٢].

ومن شروط جنس المسروق الذي يجب فيه القطع بعد ما سَبَقَ[٣]:

الشّرط الأوّل: كونه مالاً مطلقاً، لا قصور فيه ولا شبهة؛ بحيث يكون ممّا يَتَموَّلُهُ النّاسُ ويَعُدُّونه مالاً، وما لا يُعَدُّ مالاً، ولا يجوز اتّخاذه ولا الانتفاع به شرعاً فلا قطع فيه.

الشّرط الثّاني: كونه مُتَقَوَّماً مُحتَرماً مطلقاً، فلا يقطع في سَرِقةِ الْخمر من مسلمٍ، مُسلماً كان السّارقُ أو ذِمِّيّاً؛ لأنّه لا قيمة للخمر في حقّ المسلم، وكذا الذّمّيّ إذا سَرَقَ من ذمّيٍّ خمراً أو خِنْزيراً لا قطع، ولا قطع في سَرِقَةِ آلات اللّهو.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٦، و٦، و٩، و١٨، والهداية ١٢٤/٢، والتّمهيد ١١٥/١٤، و١٢٣-١٢٧، والاستذكار ٥٦٣/٦، والمنتقى ٢١٩/٩، و٢٢٣، و٢٢٥، و٢٣٠-٢٣١، وعقد الجواهر ١١٦٤/٣، والمهذّب ٥٥٩/٣-٥٦٠، و٥٦٤، وروضة الطّالبين ١١٠/١٠، و١٢١، و١٢٤، والمغني ٤٢٦/١٢، و٤٣٥، والمحلّى ٣٠٠/١٢، وأحكام ابن العربي ١١٠/٢، وقواعد السّعدي ص ٣٥-٣٨.

(٢) بداية المجتهد ٤٠٦/٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٩/٦، ١٢، و١٣، و١٥، والهداية ١٠١/٢، و١٢٠، والمنتقى ١٨٢/٩، وعقد الجواهر ١١٥٨/٣-١١٦٧، والقوانين الفقهية ص ٢٣٥، وشرح حدود ابن عرفة ٦٥٠/٢، والمهذّب ٥٥٧/٣، و٥٦٨، وروضة الطّالبين ١١٠/١٠-١٣٣، والمغني ٤١٦/١٢-٤٣٧، و٤٥٧، ومنتهى الإرادات ٢٩٧/٢، المحلّى ٣٠٠/١٢، و٣٢١، و٣٢٥، وأحكام ابن العربي ١٠٧/٢، و١٠٩، وتفسير القرطبي ١٥٥/٦، وتفسير السّعديّ ص ٢٣١.

الشّرط الثّالث: كونه مَملوكاً في نفسه، فلا قطع في سائر المباحات التي لا يملكها أحدٌ وإن كانت من نفائس الأموال من الذّهب والفضّة، والجواهر المستخرجة من معادنها لعدم الْملك.

الشّرط الرّابع: ألاّ يكون للسّارق فيه مِلْكٌ، ولا تأويل الْملك، أو شبهته؛ لأنّ الْمملوك أو ما فيه تأويل الْمِلك، أو الشّبهة لا يُحتاج فيه إلى مسارقة الأعين فلا تتحقّق حقيقة السّرقة، وهو الأخذ على سبيل الاستخفاء والاستسرار على الإطلاق، والقطع عقوبة السّرقة؛ فيستدعي كون الفعل جناية مُتكاملةً محضةً، وأَخْذُ السّارقِ شيئاً مَملوكاً له لا يُعَدُّ جنايةً أصلاً، فالأخذ بتأويل الْملك أو الشّبهة لا يتمحّض جنايةً؛ فلا يوجب القطع في سَرِقَةِ العارية، والأبوين من الابن أو العكس ونحوه.

الشّرط الخامس: كون المسروق مَملوكاً معصوماً لغير السّارق ليس له فيه حقّ الأخذ، ولا تأويل الأخذ، ولا شبهة التّناول؛ لأنّ القطع عقوبةٌ محضةٌ؛ فيستدعي جنايةً محضةً، وأخذ غير المعصوم لا يكون جنايةً أصلاً، وما فيه تأويل التّناول أو شبهة التّناول لا يكون جنايةً محضةً فلا تناسبه العقوبة المحضة، ولأنّ ما ليس بِمعصومٍ يؤخذ مجاهرةً لا مخافتةً فيتمكّن الخلل في ركن السّرقة، وعلى هذا تخريج سَرِقَةِ الغريم، وسَرِقَةِ المسلم المصحف.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة مَحلّ الاتّفاق بين أهل العلم، على أنّ القطع واجبٌ في كلّ ما يُتَمَوَّلُ في عرف النّاس ويجوز بيعه واتّخاذه والانتفاع به بوجهٍ من وجوه الانتفاع، وأنّ ما كان على خلاف ذلك؛ إمّا للمنع الشّرعي،

أو العرفي؛ فلا يجب بسَرِقَتِه القطعُ؛ لأنّه لا يُتَمَوَّلُ.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بما رُوِيَ عن عائشة رضي الله عنها أنّها قالت: «لَمْ تَكُن اليدُ تُقْطَعُ على عهد رسول الله ﷺ في الشّيء التّافه»(١)؛ حيث أفاد أنّه يُشتَرَطُ في جنس الْمسروق الْماليّة، يعني: يكون مالاً مطلقاً، لا قصور في ماليّته، ولا شبهة، وأن يكون مِمّا يَتَموَّلُه النّاسُ، ويَعُدُّونه مالاً؛ لأنّ ذلك يشعر بعزّته وخطره عندهم، وما لا يَتَمَوَّلُونه فهو تافهٌ حقيرٌ، ولأنّ الأَخْذَ بالأكثر في هذا الباب أَولَى احتياطاً لدرء الْحدّ، وهذا لأنّ في الأقلّ شُبهةَ عدم الجناية، وهي دارئةٌ للحَدِّ(٢).

من تطبيقات القاعدة:

١-القطع واجبٌ في كلّ مُتَمَوَّلٍ تَمتدّ إليه الأطماع، ويصلح عادةً وشرعاً للانتفاع به، إذا كان بلغ ثلاثة دراهم من الفضّة، أو ربع الدّينار من الذّهب، أو ما قيمته ربع الدّينار من غير النّقدين من العروض، مع توفّر شروط القطع وانتفاء الموانع، وما لا يُتَمَوَّل عادةً فلا قطع فيه(٣).

٢-إذا سرق من الحائط نخلةً بأصلها قُطِعَ؛ لأنّ أصل النّخلة مِمّا يُتَموَّل في وقتنا هذا؛ فكان ذا عزّة وخطرٍ(٤).

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفه ٤٧٧/٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع٩/٦،والهداية١١٨/٢-١١٩،وفتح الباري١٠٩/١٢،وتفسير السّعديّ ص٢٣١.

(٣) انظر: عقد الجواهر ١١٥٨/٣، والمهذّب ٥٥٨/٣، وروضة الطّالبين ١١٢/١٠، والمحلّى ٣٤٤/١٢.

(٤) ورأى الحنفية عدم القطع؛ قالوا: لأنّ أصل النّخلة مِمّا لا يُتَمَوّل فكان تافهاً، فلعلّ =

٣-لا قطع في سرقة الْخمر، ولا الْخنْزير، ولا آلات اللّهو؛ كالطّنبور، ولا الصّليب،ولا جلد الميتة قبل الدّباغ، ولا الكلب؛لأنّها كلّها غير محترمةٍ شرعاً، ولا يجوز اتّخاذها، ولا بيعها، ولا الانتفاع بها من غير عذرٍ[١].

٤-كلّ مالٍ يُسْرِع إليه الفسادُ من الأطعمة والفواكه وجب في سَرِقَتِه القطعُ؛ لأنّه يُباعُ ويُبتاع، وتَمتدّ إليه الأطماع، وتبذل فيه نفائسُ الأموال...

٥-وكلّ ما كان أصلُهُ مُباحاً؛ كجواهر الأرض ومعادنها، وشبه ذلك يُقْطَعُ فيه إذا توفّرت الشّروط وانتفت الموانع؛ لأنّه كان مُباحَ الأصل، ثم طرأ عليه الْملْكُ[٢].

٦-مَنْ سرق حُرّاً صغيراً لا قطع عليه؛ لأنّه ليس بِمال، ولا يُتَمَوَّل[٣].

=

هذا في وقتهم، أمّا الآن فيُتَمَوَّل، وهذا مِن أمثلة تغيّر الفتوى بتغيّر الزّمان والمكان. انظر: بدائع الصّنائع ١٢/٦.

(١) انظر: المنتقى ١٨٣/٩، وعقد الجواهر ١١٦١/٣، وروضة الطّالبين ١١٦/١٠، والمغني ٤٥٧/١٢.

(٢) خلافاً للحنفية. انظر:بدائع الصّنائع٦/٩-١٢، و١٨،وأحكام ابن العربي١٠٩/٢.

(٣) ومهما يكن من أمرٍ؛ فإنّه ممّا لا شكّ فيه أنّ سرقة حرٍّ صغيرٍ أمرٌ عظيمٌ، وجريمةٌ شنيعةٌ نكراء، تستحقّ أقصى عقوباتٍ رادعةٍ، وهي موكولةٌ إلى اجتهاد الإمام أو نائبه، والله تعالى أعلم بالصّواب.

وقد قال المالكية تُقطَع اليدُ إذا سَرَقَ حُرّاً صغيراً، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد؛ لأنّه أعظم من المال، ولَم يقطع السّارقُ في المال لِعينه، وإنّما قطع لِتَعلّق النّفوس به، وتَعلّقها بالْحرّ أكثر من تَعلّقها بالعبد.

انظر:بدائع الصّنائع٦/٩،والهداية١٢١/٢،والمنتقى١٨٢/٩،وعقدالجواهر١١٥٨/٣، وحدود ابن عرفة ٦٤٩/٢، والمهذّب ٥٦٨/٣، وروضة الطّالبين ١٣٧/١٠، والمغني

=

٧-مَنْ سَرَقَ جلدَ ميتةٍ غير مدبوغٍ لَم يُقطَع؛ لأنّه ليس بِمالٍ ولا يجوز الانتفاع به ولا بيعه، ومثله الكلب المنهيّ عن اتّخاذه؛ لأنّه ليس مُحترماً شرعاً[1].

٨-إذا اجتمع جماعةٌ على إخراج نصابٍ من حِرزه، أو نقبه، وهو مِمّا لا يقدر واحدٌ على إخراجه إلاّ بتعاون الجميع، كالعِدْل أو الصّندوق؛ فإنّه يقطع جميعهم، وكذلك إن كان مِمّا يُخرجه واحدٌ واشتركوا في إخراجه قُطِعُوا جميعاً أيضاً على الصّحيح؛ قياساً على الاشتراك في القتل، وما أَقْرَبَ ما بينهما!؛ فإنّ قَتْلَ الجماعة بالواحد صيانةً للدّماء لئلاّ يتعاون على سفكها الأعداءُ، وكذلك في الأموال مثله[2].

٩-إذا سرق السّارق مالاً نصاباً وجب عليه القطعُ إذا توفّرت الشّروط، أمّا العين المسروقة فلا تَخلو مِنْ أن تكون قائمةً أو فائتةً، فالقائمة يجب عليه ردّها مع القطع بلا خلاف، وأمّا الفائتة فعليه مع القطع القيمةُ كذلك

=

٤٢١/١٢-٤٢٢، والمحلّى ٣٢٣/١٢-٣٢٥، وأحكام ابن العربي ١٠٩/٢.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٩/٦-١٠، والهداية ١٢١/٢، والمنتقى ١٨٢/٩-١٨٣، وعقد الجواهر ١١٥٨/٣، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٣/٦.

(٢) هذا هو المذهب عند المالكية والحنابلة، وذهب الحنفية والشّافعية إلى أنّه لا يُقطَع في السّرقة المشتركون إلاّ أن يجب لكلّ واحدٍ منهم في حصّته نصابٌ، قال في المغني ٤٦٨/١٢: «هذا القول أحبُّ إليّ».
انظر: بدائع الصّنائع ٧/٦، والاستذكار ٥٦٣/٦، و٥٦٥، والمنتقى ٢١٩/٩، و٢٢٣-٢٢٥، وعقد الجواهر ١١٦٧/٣، والمهذّب ٣٣١/٣، و٥٥٨-٥٥٩، و٥٦٤، و٥٦٦، وروضة الطّالبين ١١٢/١٠، و١٢١، و١٣٣-١٣٤، والمغني ٤٣٧/١٢، و٤٦٨-٤٦٩، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٩/٦-٢٤١، وأحكام ابن العربي ١١١/٢، وتفسير القرطبي ١٥٦/٦.

على الصّحيح؛ لأنّ القطع والغُرم حقّان لِمستحقّين مُختلفين، ومختلفي السّبب والجنس؛ إذ الغُرم والقطع لا يتنافيان لاختلاف سببيهما؛ لأنّ الموجب للغُرم إتلاف المال، والموجب للقطع حقّ الله تعالى في هتك الْحرز، وإذا لَم يتنافيا جاز أن يجتمعا، ولا يُسقطُ أحدُهما الآخر؛ كالدّية والكفّارة[١]، ولأنّ الأموال خُلقَت مُهَيَّأةً للانتفاع بها للخلق أجمعين، ثم الحكمة الأوّليّة فيها الاختصاص الذي هو الْملكُ شرعاً، وبقيت الأطماع متعلّقةً بها، والآمال مُحوَّمةً عليها، فَتَكُفُّها المروءةُ والدِّيانةُ في أقلّ الْخَلق، ويَكُفُّها الصّون والْحِرز عن أكثرهم؛ فإذا أحرزها مَالكُهَا فقد اجتمع فيها الصّونُ والْحِرزُ الذي هو غاية الإمكان للإنسان، فإذا هُتكَا فَحُشَت الْجريمةُ فعظمت العقوبةُ، وإذا هُتِكَ أحد الصَّونين وهو الْملك وجب الضّمان والأدب[٢].

١٠- الْمسجد والقبر حِرزٌ؛ لأنّ حرز كلّ شيءٍ بِحسب حاله الممكنة فيه، فبناء على ذلك فالنّبّاش يُقْطَعُ[٣].

---

(١) هذا مذهب الشّافعية والحنابلة والظّاهرية، وبعكسه قال الحنفية: لا يجتمع القطع مع الغُرم، وفرّق المالكية في المشهور بين الموسر فعليه الغُرمُ، وبين المعسر فلا شيء عليه. انظر: بدائع الصّنائع٦/٩-١٠، و١٨، و٣٦، والمعونة٣/١٤٢٨-١٤٢٩، والتّمهيد١٤/١٠٠-١٠١، والاستذكار ٦/٥٦٣، والمنتقى ٩/٢٣٤، وعقد الجواهر ٣/١١٥٨، والقوانين الفقهية ص ٢٣٦، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٦٥٣، ومختصر المزني ص ٣٥٣، والمهذّب ٣/٥٥٩، و٥٧٧، وروضة الطّالبين ١٠/١٢١، و١٤٩، ومختصر الخرقي والمغني ١٢/٤٥٣-٤٥٥، وأحكام ابن العربي ٢/١١٣-١١٤، وتفسير القرطبي ٦/١٥٥، و١٥٧-١٥٨.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) وذهب الحنفية إلى عدم القطع، وبه قال الشّافعية إذا كان في بَرِيّةٍ دون مقبرةٍ تلي =

=

العمران؛ لأنّه سرقةٌ من غير حرز للكفن، وإنّما يُدْفَن في البريّة للضّرورة، ولأنّ الكفن ليس بمال، ولا يُتموَّلُ بحال؛ لأنّ الطّباع السّليمة تنفر منه أشدّ النّفار؛ فكان تافهاً، ولئن كان مالاً فَفي ماليَّته قصورٌ؛ لأنّه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الْحَيّ، والقصور فوقَ الشّبَه، ثم الشُّبْهَة تنفي وجوب الْحدَّ فالقصور أولَى.
انظر: مختصر القدوري ص ٢٠١، بدائع الصّنائع ٦/٥، و١١، و١٣، و٢٠، و٢٣، والهداية ٢/١٢١-١٢٢، والتّمهيد ١٤/١١٦، والاستذكار ٦/٥٧٠، والمنتقى ٩/٢٣٠، وعقد الجواهر ٣/١١٦٧، والمهذّب ٣/٥٦٢، وروضة الطّالبين ١٠/١٢٩، ومختصر الخرقي والمغني ١٢/٤٥٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/٢٤٨، والمحلّى ١٢/٣١٤، وأحكام ابن العربي ٢/١١٢، وتفسير القرطبي ٦/١٥٦، وتفسير السّعديّ ص ٢٣١.

المبحث الخامس: القاعدة السّادسة والخمسون [٥٦]

[كلُّ ما جاء مِنْ مَنْطِقِ السَّكْرَانِ فموضوعٌ عنه، وكلُّ ما جَنَتْهُ جوارِحُهُ فلازِمٌ له]

ذكرها ابن رشد ضمن مسائل الباب الثّاني في الْمُطَلِّق الجائز الطّلاق، وهي مسألة ما يلزم السَّكْرَان من الأحكام وما لا يلزمه؛ تحت مسألة: طلاق السّكران؛ حيث قال: «وأمّا طلاق السَّكْرَانِ؛ فالجمهور من الفقهاء على وقوعه[١]، وقال قومٌ: لا يقع؛ منهم: الْمُزَني وبعض أصحاب

---

(١) وهو مذهب الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة، وصحّ عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنّه قال: «كلّ طلاق جائزٌ إلاّ طلاق الْمَعْتُوه»، وهذا الأثر يُرْوَى مرفوعاً وموقوفاً على عليّ بن أبي طَالب رضي الله عنه، تفرّد بإخراجه مرفوعاً التّرمذّي في سننه ٤٩٦/٣، كتاب الطّلاق، باب ما جاء في طلاق المعتوه، برقم: (١١٩١). وضعّف رفعه قائلاً: «هذا حديثٌ لا نعرفه مرفوعاً إلاّ من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيفٌ، ذاهب الحديث». ثم قال: «والعمل على هذا عند أهل العلم منْ أصحاب النّبيّ ﷺ وغيرهم؛ أنّ طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يجوز، إلاّ أنْ يكون معتوهاً يُفيق الأحيانَ؛ فيُطَلِّق في حال إفاقته».

وأورده موقوفاً على عليّ البخاري تعليقاً في صحيحه٩/٣٠٠، كتاب الطّلاق، باب الطّلاق في الإغلاق.

ورُوِيَ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وإسناده فيه لِينٌ، وهو قول طائفةٍ من التّابعين.

قالوا: لأنّ أحكام التّكليف المتعلّقة بالتّغليظ جاريةٌ عليه؛ كالقود إذا قتل، والحدّ إذا زنَى أو قذف، ووجوب قضاء الصّلاة؛ فكذلك الطّلاق.

ولأنّ كلّ مَنْ يُحَدُّ إذا وجد لفظ القذف منه؛ فإنّه إذا طلّق نُفِّذ طلاقه كالصّاحي.

انظر: مختصر القدوري ص ١٥٦، وبدائع الصّنائع ١٥٨/٣-١٥٩، والهداية =

أبي حنيفة[١].

والسّبب في اختلافهم أَحُكْمُهُ حكم الْمجنون أم بينهما فرقٌ؟

فَمَنْ قال: هو والْمَجنون سواء؛ إذ كان كلاهما فاقداً للعقل، ومِنْ شرط التّكليف: العقل، قال: لا يقع.

ومَنْ قال: الفرق بينهما أنّ السَّكْرَان أدخل الفسادَ على عقله بإرادته؛ والْمَجنون بخلاف ذلك؛ ألزم السَّكْرَان الطّلاق، وذلك من باب التّغليظ عليه.

واختلف الفقهاء فيما يلزم السَّكْرَان بالجملة من الأحكام وما لا يلزمه.

فقال مالك: يلزمه الطّلاق والعتق والقود من الجراح والقتل، ولم يلزمه النّكاح ولا البيع[٢].

=

١/٢٣٠، والمعونة ٢/٨٤٠، والاستذكار ٥/٢١٣-٢١٨، والبيان والتّحصيل ٤/٢٥٧-٢٥٩، و٦/٣١٣، وبداية المجتهد ٣/١٥٦، وعقد الجواهر ٢/٥٠٨، وتفسير القرطبي ٥/١٩٦، ومختصر المزني ص ٢٧٦-٢٧٧، و٣٤٠، والمهذّب ٣/٢١، وفتح الباري ٩/٣٠٣، وتكملة المجموع ١٨/١٤٤-١٤٥، ومختصر الخرقي ١٠/٣٤٥، و٣٤٦، والمغني ٧/٢٦٣، و١٠/٣٤٥-٣٤٨، وشرح مختصر الرّوضة ١/١٩٠، وأعلام الموقّعين ص ٩٠١، و١٠٣٥، وشرح منتهى الإرادات ٥/٣٦٥، والمحلّى ٩/٤٧١-٤٧٦.

(١) وبه قال عثمان بن عفّان رضي الله عنه، وقيل: لا مُخالف له من الصّحابة، وفيه نظرٌ؛ لقول عليّ بن أبي طالب، وما ذُكِرَ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، وهو قول كثيرٍ من التّابعين، ومذهب الظّاهرية، واختيار الكرخي والطّحاوي من الحنفية، وقولٌ للمالكية، وقديم قولي الإمام الشّافعي، وهو اختيار المزني من الشّافعية، ورواية عند الحنابلة، انظر: المراجع السّابقة.

(٢) وألزمه الشّافعية والحنابلة كلّ شيءٍ، وقال بعضهم: يُستَثنَى ما فيه تغليظٌ، أو ما عليه من التّصرّفات.

=

وألزمه أبو حنيفة كلّ شيءٍ[1].

وقال اللّيث: **كلّ ما جاء من مَنْطِقِ السَّكْرَان فَمَوضُوعٌ عَنْهُ**، ولا يلزمه طلاقٌ ولا عتقٌ ولا نكاحٌ ولا بيعٌ ولا حدٌّ في قذفٍ، **وكلّ مَا جَنَتْه جَوَارِحُهُ فلازمٌ لَهُ**؛ فَيُحَدُّ في الشّرب والقتل والزّنا والسّرقة»[2].

توثيقها:

هذه القاعدة في أصلها مقالةٌ قالها الإمام اللَّيث بن سعدٍ كما نسبها إليه غيرُ واحدٍ من أهل العلم، ثم ورد ذكرُ مَفَادها في كتبهم منها:

ما جاءً في كشف الأسرار: «السُّكْرُ سرورٌ يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله. وقيل: هو غفلةٌ تلحق الإنسان مع فتورٍ في الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له من غير مرضٍ ولا علّة...، وإذا ثبت أنّ السَّكْرَان مُخاطَبٌ ثبت أنّ السُّكْرَ لا يُبطِل شيئاً من الأهلية؛ لأنّها بالعقل والبلوغ، والسُّكْر لا يؤثّر في العقل بالإعدام فيلزمه أحكام الشّرع كلّها من الصّلاة والصّوم وغيرهما. ويصحّ عباراته كلّها بالطّلاق والعتاق وهو أحد قولي الشّافعي رحمه الله، وفي قوله الآخر: لا يصحّ،

=

انظر: المعونة ٢/٨٤٠، والاستذكار ٥/٢١٣-٢١٥، والبيان والتّحصيل ٤/٢٥٧، و٦/٣١٣، وأحكام ابن العربي ٤/١٩٠، وتفسير القرطبي ٣/١٠٠، و٥/١٩٦، و١٧/٢٣٥، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٧.

(١) بل استثنوا سبع مسائل، يأتي ذكرها إن شاء الله في خلاصة المسألة الثّالثة.
انظر: بدائع الصّنائع ١/٣٧٢، و٢/٢٨٧، و٣/١٥٨-١٥٩، و٣٦٣، و٤٧٩، و٤/١٦٤، و٢٨٦، و٥/٥١٤، و٦/١١٧، و٢٥٧.

(٢) بداية المجتهد ٣/١٥٦.

وهو قول مالك»[1].

ما جاء في الاستذكار: «وقال اللّيث بن سعد: كلُّ مَا جَاءَ مِنْ مَنْطق السَّكْرَان فَهُوَ مَرفوعٌ عنه، ولا يلزمه طلاقٌ ولا عتْقٌ ولا بَيْعٌ ولا نكَاحٌ ولا يُحَدُّ في القذف، ويُحَدُّ في الشُّرْب، وفي كلِّ مَا جَنَتْهُ يَدُهُ وَعَمِلَتْهُ جَوَارِحُهُ مثل: القتل والزنى والسّرقة»[2].

ما جاء في البيان والتّحصيل: «والثّالث: أنّه -السَّكْرَان- يلزمه الأفعالُ ولا تلزمه الأقوالُ؛ فيُقْتَل بِمَنْ قَتَلَ، ويُحَدُّ في الزّنى والسّرقة، ولا يُحَدُّ في القذف، ولا يلزمه طلاقٌ ولا عتقٌ، وهو قول اللَّيث بن سعد»[3].

ما جاء في الذّخيرة: «وقال اللّيث: تلزمه -السَّكْرَان- الأفعالُ دون الأقوال؛ فَيُقْتَصُّ منه، ويُحَدُّ في الزّنى دون القذف والطّلاق والعتاق؛ لاحتياج الفعل إلى مقدّمات أكثر من القول»[4].

ما جاء في الجامع لأحكام القرآن: «ذهبت طائفةٌ من العلماء إلى أنّ الرّخصة إنّما جاءت في القول، وأمّا في الفعل فلا رخصة فيه»[5]. ذكر هذا الكلام في مسائل المكرَه، والسَّكْرَان مثله بجامع فقدان القصد الصّحيح والنّيّة منهما، إلاّ أنّ بينهما فرقاً فيما يلزم كلَّ واحدٍ منهما من التّصرّفات القوليّة والفعليّة[6].

---

(١) كشف الأسرار للبخاري ٤/٣٥١-٣٥٤، نقلاً عن أشباه السّيوطي ص ٣٨٢، هامش: (٢).

(٢) الاستذكار لابن عبد البرّ ٥/٢١٦.

(٣) البيان والتّحصيل لابن رشد الجدّ ٤/٢٥٩.

(٤) الذّخيرة للقرافي ٤/٢٠٣.

(٥) تفسير القرطبي ١٠/١٦٢.

(٦) انظر: تفسير القرطبي ١٠/١٦٢-١٧٠، وفتح الباري ١٢/٣٢٧، و٣٢٩.

ما جاء في مختصر كتاب الأم: «السَّكْرَانُ الذي لا يَعْقِلُ معنَى ما يقول؛ لا إرادة له كالنّائم»، وقال: «ومَنْ كان منهم سَكْرَان لم يحلف حتّى يصحو، هذا يدلّ على إبطال طلاق السَّكْرَان الذي لا يعقل ولا يُميّز»[١].

ما جاء في الْمنهاج: «وأمّا باقي الأمور فَجرت منه -السَّكْرَان- في حال عدم التّكليف؛ فلا إِثْم عليه فيها كَمَنْ شرب دواء لحاجة فزال به عقله، أو شرب شيئاً يظنّه خلاًّ فكان خَمراً، أو أُكْرِهَ على شُرْبِ الخمر فشربها فسَكِر؛ فهو في حال السُّكْر غير مُكَلَّفٍ ولا إِثْم عليه فيما يقع منه في تلك الحال بلا خلاف. وأمّا غرامةُ ما أتلفه؛ فَيَجبُ في ماله...، وقد أجمع العلماءُ أنّ ما أتلفه السَّكْرَانُ من الأموالِ يلزمه ضمانُهُ؛ كالمجنون؛ فإنّ الضّمان لا يُشْتَرَط فيه التّكليف»[٢].

ما جاء في الأشباه والنّظائر: «وأمّا أفعاله؛ كالقتل والقطع وغيرهما؛ فكأفعال الصّاحي بلا خلاف؛ لقوّة الأفعال»[٣].

ما جاء في المغني: «ومَنْ زال عقلُهُ بِسببٍ مُباحٍ، أو مَعذورٍ فيه؛ فهو كالْمَجنون لا يُسمَعُ إقرارُهُ بلا خلاف، وإن كان بِمعصيةٍ؛ كالسَّكْرَان، ومَنْ شرِبَ ما يُزيل عامداً لغير حاجةٍ لم يَصحَّ إقراره، ويتخرّج أن يصحَّ بناءً على وقوع طلاقه، وهو منصوص الشّافعي؛ لأنّ أفعاله تَجري مَجْرَى الصّاحِي»[٤].

---

(١) مختصر المزني ص ٢٧٦، و٣٤٠.

(٢) شرح مسلم للإمام النّووي ١٣/١٤٤-١٤٥.

(٣) أشباه السّيوطي ص ٣٨٢.

(٤) المغني لِموفّق الدِّين ابن قدامة ٧/٢٦٣.

ما جاء في شرح مختصر الرّوضة: «تنبيه: الغرامة لازمةٌ لهؤلاء الثّلاثة -النّائم والنّاسي والسَّكْرَان- فيما جنَوه على الأموال، وفيما يوجبها؛ كقتل الخطأ تحقيقاً للعدل»[١].

ما جاء في إعلام الموقّعين: «والصّحيح أنّه لا عبرة بأقواله -يعني: السَّكْرَان- من:طلاقٍ ولا عتاق ولا بيع ولا هبة ولا وقف ولا إسلام ولا ردّة ولا إقرار لبضعة عشر دليلاً»[٢].

ما جاء في المحلّى: «وقال اللّيث: لا يلزمه طلاقٌ ولا بيعٌ ولا نكاحٌ ولا عتقٌ ولا شيءٌ بقوله، وأمّا ما عمله ببدنه من قتلٍ أو سرقة أو زنى؛ فإنّه يُقام عليه كلّ ذلك»[٣].

شرح مفردات القاعدة:

مَنْطِق: كلام، يقال: نَطَقَ، يَنْطِق، نُطْقاً، ومَنْطِقاً، إذا تكلّم[٤].

السَّكْرَانَ: من السُّكْر، وهو نقيض الصّحو، والسَّكْرَان ضدّ الصّاحي، يقال: سَكِرَ يَسْكَرُ سَكْراً، من باب: حَمِدَ يَحمَدُ حَمْداً. والسَّكْرَان قد انقطع عمّا كان عليه من العقل، ويُجْمَع على: سَكْرَى وسُكَارَى، والمرأة سَكْرَى، وفي لغةٍ: سَكْرَانَة[٥].

والسَّكْرَان في المصطلح الفقهي على نوعين:

---

(١) شرح مختصر الرّوضة، لابن سعيد الرَّوضة ١/١٩٠.

(٢) إعلام الموقّعين للإمام ابن القيم ص٩٠٢، وقواعد ابن رجب ق(١٠٢) ص٤٩٧.

(٣) المحلّى لابن حزم ٩/٤٧٤.

(٤) انظر: المفردات ص٤٩٨، ومختار الصّحاح ص ٦٦٦، والمصباح المنير ص١٠٧.

(٥) انظر: المفردات ص٢٤٢، ومختارالصّحاح ص ٣٠٦، وتفسير القرطبي ٥/١٩٥، والمجموع ٢/٢٠، و٣/٨.

الأوّل: السَّكْرَانُ الطَّافِحُ،وهو الذي فقد الوعي والإدراك والفهم بالكلّيّة، وذهب جميع عقله؛ حتّى يكون لا يعقل شيئاً، ولا ينتظم كلامه[١].

وقيل: السُّكْر المؤثِّر هومَنْ في كلامه اختلاط وهذيان، ولو كان معه شيءٌ من الإدراك. وهو قول المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية وقولٌ للحنفية[٢].

وأمّا قول الحنفية: حَدُّ السُّكْر المؤثِّر أنّه الذي لا يعقل قليلاً ولا كثيراً، ولا يعقل الرّجلَ من المرأة، ولا السّماء من الأرض[٣].

فقد رُدَّ هذا الضّابط بأنّه ليس بشرط ألاَّ يعرف السّماءَ من الأرضِ، ولا الرّجلَ من المرأة، بدليل أنّ حمزة ﷺ فَهِمَ ما قالت القَيْنَةُ في غنائها، وعرف الشّارِفَين[٤]، واجْتَبَّ أَسْنَمَتَهُما، وبَقَرَ خواصرَهما، وعرف النَّبيَّ ﷺ لَمَا دخل عليه، حتّى صَعَّد النَّظر إلى رُكْبَتَيْهِ، ثم إلى سُرَّتِه، ثم إلى وجهه؛

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢٨٦/٤-٢٨٧، و٥١٤/٥، وأشباه ابن نجيم ص ٣١١، والاستذكار ٢١٦/٥، والبيان والتّحصيل ٢٥٨/٤-٢٥٩، و٣١٣/٦، وأحكام ابن العربي ١٩٠/٤، وعقد الجواهر ٥٠٨/٢، و٥٥٠، وتفسير القرطبي ١٩٣/٥-١٩٦، و٢٣٥/١٧، والفروق ٢١٧/١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧، ومختصر المزني ص ٢٧٦، و٣٤٠، والمهذّب ٢١/٣، والمجموع ٢٠/٢، و٨/٣، وفتح الباري ٣٠٣/٩، والمغني ٣٤٨/١٠، و٥٠٦/١٢، ونزهة الخاطر ٩٧/١، والمحلّى ٢١٢/٦، و٢١٥، و٥٠٧/٧، و١٩٤/٨، و٤٧١/٩.

(٢) انظر: المراجع السّابقة، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٢٠-٢٢١.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ١٦٥/٣، وبدائع الصّنائع ١٥٨/٣-١٥٩، و٢٨٦/٤، و٥١٤/٥، وأشباه ابن نجيم ص ٣١١، والبيان والتّحصيل ٢٥٨/٤-٢٥٩، و٣١٣/٦، وتفسير القرطبي ٢٢٨/٢، وفتح الباري ٣٠٣/٩، وأشباه السّيوطي ص ٣٨٤، والمغني ٥٠٦/١٢، والمحلّى ٢١٥/٦.

(٤) الشّارِفَان،مُثَنًّى من شارف،والشّارف هو الْمُسِنّ من النّوق.وجمع شارف:شُرُف. انظر: النّهاية ٤٦٢/٢، وشرح مسلم ١٤٤/١٣، وفتح الباري ٢٢٩/٦.

فقال: «هل أنتم إلاّ عبيدٌ لأبي؟»، وهو في غاية السُّكر؛ فعرف النَّبيُّ ﷺ أنّه ثَمِلَ[(١)].

وجه الاستدلال به؛ حيث عُدَّ سَكْرَاناً، وهو بهذا القدر من الإدراك؛ فدلّ على أنّه لا يُشترط لكونه سَكْرَاناً ألاَّ يعرف السّماءَ من الأرضِ، ولا الرّجلَ من المرأة[(٢)].

ولأنّ المجنون الذّاهب العقل بالكلّيّة قد يعرف السَّماءَ من الأرض، والرَّجُلَ من المرأة مع ذهاب عقله ورفع القلم عنه؛ فالسَّكْرَان من باب أولَى وأحرى[(٣)].

وقال الإمام الشّافعي: السَّكْرَان هو مَنْ ظهر أثره في مشيه وأطرافه وحركاته[(٤)]. وقال أيضاً: هو الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سرُّهُ المكتوم[(٥)].

وقال الإمام أحمد: السَّكْرَان هو ما تغيَّر عقله عن حال الصّحّة[(٦)].

وكلاهما داخلان فيما تقدّم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٢٦/٦، كتاب الجهاد والسّير، باب فرض الخمس، برقم: (٢٩٨٨)، ومسلم في صحيحه ١٥٦٨/٣-١٥٧٠، كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر...، برقم: (١٩٧٩).

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٨٧/٤، والبيان والتّحصيل ٢٥٩/٤، وفتح الباري ٣٠٣/٩، والمغني ٥٠٦/١٢، والمحلّى ٢١٢/٦، و٤٧٦/٩، و٢١٦/١٠، و٢٦٣/١٢.

(٣) انظر: المغني ٥٠٧/١٢، والمحلّى ٤٧١/٩-٤٧٢.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢٨٧/٤، ومختصر المزني ص ٢٧٦-٢٧٧، و٣٤٠، والمهذّب ٢١/٣، ومجموع ٨/٣، وفتح الباري ٣٠٣/٩، وأشباه السّيوطي ص ٣٨٤.

(٥) انظر: أشباه السّيوطي ص ٣٨٤.

(٦) انظر: تفسير القرطبي ١٩٦/٥، والمغني ٣٤٨/١٠، و٥٠٦/١٢، وتفسير السّعدي ص ١٧٩.

النّوع الثّانِي: السَّكْرَان النَّشْوَان، هو: السَّكْرَان سُكْراً خفيفاً، وهو الذي في بداية السُّكْر، وبه مبادئ الفهم والإدراك، وإن كان كلامه لا ينتظم[(١)].

والصّحيح أنّ المرجع في حدّ السَّكْرَان هو العرف والعادة[(٢)].

فموضوع عنه: أي: مرفوعٌ عنه، وهدرٌ لاغٍ لا تأثير له كأن لم يكن.

جوارحه: جمع جارحةٍ، والجوارح من السِّباع والطّيور: ذوات الصّيد.

وجوارح الإنسانً: أعضاؤه التي يكتسب بها، وهي: السّمع والبصر واللّسان واليدان والرّجلان والفرج والبطن، وتُسَمَّى: الكواسب؛ لأنّ بها يكتسب الإنسانُ الخيرَ والشَّرَّ. والمراد هنا: ما عدى اللّسان من جوارحه[(٣)].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

أنّ أقوال السّكران وألفاظه لاغيةٌ لا تأثير لها؛ فلا تترتّب عليها أحكامها، ولا يلزم بها شيءٌ، وأمّا أفعاله فإنّها لازمةٌ له وتترتّب عليها أحكامها.

والأصل أنّ الأحكام لازمةٌ لكلّ مُكَلَّفٍ حتّى يوقَنَ أنّه ذاهبُ العقلِ

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ١٦٥/٣، وبدائع الصّنائع ٢٨٦/٤، والبيان والتّحصيل ٢٥٨/٤، و٣١٣/٦، وعقد الجواهر ٥٠٨/٢، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧، و٣٩، ومختصر المزني ص ٢٧٦-٢٧٧، و٣٤٠، والمهذّب ٢١/٣، والمجموع ٢٠/٢، و٨/٣، و٧٦، وفتح الباري ٢٣٧/٤، وأشباه السّيوطي ص ٨٧، و٣٨٣، و٣٨٥، وروضة النّاظر ٩٧/١، والإنصاف ٤٣٦/٨، والمحلّى ٤٧١/٩-٤٧٢.

(٢) انظر: الفروق ٢١٧/١، ومغني المحتاج ٢٧٩/٣، وأشباه السّيوطي ص ٣٨٥.

(٣) انظر: مختصر الصّحاح ص ٩٨، وشرح القلشانِي ص ١١٨، والفواكه الدّوانِي ٢٠/١، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٣٧.

بجنونٍ أو سُكْرٍ؛ فهذه قاعدةٌ جليلةٌ شريفةٌ، من القواعد المهمّة ذات الأهمية للمفتي والقاضي، تبحث أحكامَ تصرّفات السَّكْرَان القوليّة والفعليّة، والسَّكْرَان هو مَنْ تَغَيَّر عقلُهُ عن حال الصّحّة، واختلط كلامه المنظوم، وانكشف سِرُّهُ المكتومُ؛ فلا يعلم ما يقوله، والمرجع في ذلك العرفُ[1].

وقرّرت القاعدة التّفريق بين القولية من تصرّفاته من الفعلية؛ حيث أَلْغَتْ تصرّفاته القوليّة مُطْلَقاً، وجعلتها كالمعدوم، وأنّها لا يترتّب عليها حكمٌ من الأحكام الشّرعية، ولا يؤاخذ بشيءٍ منها، لا من قبيل التّكليف ولا من قبيل خطاب الوضع[2]، وسواء ذلك التّصرّف القولي مِمّا له، أو عليه.

---

(١) تفسير السّعديّ ص ١٧٩.

(٢) خطاب الوضع هو: وضع الأسباب والشّروط والموانع؛ كالتّطليق بالإعسار، والتّوريث بالأسباب، والضّمان بالإتلاف، والزّكاة بملك النّصاب.
وأضيف إليه: الرّخصة والعزيمة، والقضاء والأداء والإعادة.
والفرق بينه وبين الخطاب التّكليفي: أنّ خطاب التّكليف يَفتَقر إلى العلم والقدرة وأهلية التّكليف، وخطاب الوضع لا يفتقر إلى شيءٍ من ذلك في أكثر صوره.
وخطاب الوضع يشمل: ما لا يكون في مقدور الْمُكَلَّف أصلاً؛ كزوال الشّمس والنّقاء من الحيض، وما يكون في مقدور الْمُكَلَّف ولكن لا يُؤْمَر بــه؛ كالنّصاب للزّكاة والاستطاعة للحجّ وعدم السّفر للصّوم، بخلاف خطاب التّكليف؛ فإنّه يكون في مقدور الْمُكَلَّف، ويُؤْمَرُ به فعلاً؛ كالوضوء للصّلاة، أو تركاً؛ كسائر المنهيات.
وخطاب الوضع أعمّ من خطاب التّكليف؛ لأنّ كلّ تكليف معه خطابٌ وُضعَ؛ إذ لا يخلو منْ شرط أو مانعٍ مثلاً، وقد يوجد خطاب الوضع حيث لا تكليف؛ كلزوم غرم الْمُتْلَفات، وأروش الجنايات لغير الْمُكَلَّف؛ كالصّبيّ والسَّكْرَان.
وقيل: بينها عمومٌ وخصوصٌ من وجه، وهو الذي اعتمده القرافي في الفروق.
انظر: الفروق ٦١/١، و٧١ فما بعدها، و١٠٩-١١٣، وتنقيح الفصول ٦٩/١-٧٣، والذّخيرة ١٦/١٢، والموافقات ١٣٥/١فما بعدها، و١٧١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٤٨-٤٩، وتمهيد الأسنوي ص ١١٦.

وأمّا تصرّفاته الفعلية فهي لازمةٌ له مُطْلَقاً، يؤاخذ بها، ويجازى بها أو عليها، أعنِي: إمّا أن يكون الجزاء له أو عليه، فكلّ ذلك لازمٌ له.

هذا هو مفاد القاعدة، إلاّ أنّ بالنّظر في كلام ابن رشد، وبالرّجوع إلى كتب أهل العلم، والاطّلاع عليها، والنّظر فيها، وجدتُ أقوالهم مختلفةً فيما يلزم السَّكْرَان من الأحكام وما لا يلزمه؛ فرأيتُ أَنْ أَتَنَاوَلَ الحديث عن تصرّفات السَّكران من عدّة نواحٍ أساسيةٍ مهمّةٍ، تجري مجرى أسباب اختلافهم فيها منها:

إحداهما: تكليف السَّكرَان.

والثّانية: التّفريق بين تصرّفاته القولية والفعلية.

والثّالثة: أثر المعصية في تغليظ الحكم في الشّريعة، أعنِي: أَكانَ سببِ شيءٍ معصيةً ومخالفةً كفيلاً لأَنْ يُسَوِّغَ ويوجِبَ حكماً على الْمُتَسَبِّبِ أم لا؟

وسوف أبحث هذه الجزئيّات في فقرة موقف المذاهب الفقهية إن شاء الله تعالى.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة مختلفٌ فيها عند الفقهاء على مذاهب؛حسب اختلافهم في تصرّفات السَّكران القوليّة والفعليّة، ما له وما عليه، وسأتناول دارسة مذاهبهم في مسائلَ تاليةٍ:

المسألة الأولى: تكليف السَّكْرَان:

اختلف أهل العلم اختلافاً كثيراً في: آلسَّكْرَانُ مُكَلَّفٌ أم ليس بِمُكَلَّفٍ؟ وتحرير القول في ذلك على النّحو التّالي:

ظاهر أقوال أهل العلم في هذه المسألة أنّه لا خلاف بينهم فيما يلي:

أوّلاً: السَّكْرَانُ المعذورُ، وهو الذي سُكْرُهُ ناتجٌ من الأسباب المباحة؛ كمَنْ صارت له حادثة فسكر، أو كان سُكْرُهُ مِنْ أَكلِ مباحٍ، أو مِنْ إكراه على شُرْبِ خَمر، أو شَرِبَ ما يُزيل عَقْلَهُ شُرْبُهُ ولا يعلم أنّه مُزِيلٌ للعقل، أو مِنْ شُرْبِ البنج[1]، أو مِنْ تَنَاوُلِ دواء مباحٍ، أو غير مباحٍ للضّرورة، أو نحو ذلك؛ فهذا النّوع من السَّكْرَان غير مُكَلَّف، ولا يُؤَاخَذُ بشيءٍ من أقواله ولا أفعاله على وجه التّكليف؛ فيرفع عنه إثمٌ، وأمّا الأحكام الوضعيّة فهي لازمةٌ له؛ لعدم اشتراط التّكليف فيها[2].

---

(١) البنج (من الهندية): جِنس نباتات طبّيّة مُخَدِّرَة من الفصيلة الباذنْجانية.
انظر: المعجم الوسيط ص٧١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٩١.

(٢) انظر: أحكام الجصاص٣/١٦٥-١٦٧،والمبسوط٦/١٧٦، و٢٤/٣٤،وبدائع الصّنائع ٣/١٥٨-١٥٩، و٤/١٦٤، وأشباه ابن نجيم ص ٣١٠-٣١١، والمدوّنة ١/١٧٧، والمعونة ٢/٨٤٠، والاستذكار ٥/٢١٥-٢١٨، والبيان والتّحصيل ٤/٢٥٧-٢٥٩، و٦/٣١٣، وأحكام ابن العربي ٤/١٩٠، وبداية المجتهد ٣/١٥٦، وعقد الجواهر ٢/٥٠٨، و٥٥٠، وتفسير القرطبي ٥/١٩٤، و١٩٦، و١٧/٢٣٥، والذّخيرة ٢/٢٤٠، و١٢/١٥، و٢٩-٣٠، والموافقات ١/١٧٣، والفواكه الدّواني ٢/٤٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧، ومختصر المزني ٢٧٦-٢٧٧، و٣٤٠، والمهذّب ١/٨٧، و١٧٥، و٦٢٤، و٣/٢١-٢٢، و٧٣٣، وشرح مسلم ١٣/١٤٤-١٤٥، وقواطع الأدلّة ١/٢١١-٢١٤، والمجموع ٢/٢٠، و٣/٨، و٤/٢٤٤، و٨/٢٦٣، و١٨/١٤٤-١٤٦، وتمهيد الأسنوي ص ١١٣-١١٥، وفتح الباري ٩/٣٠٣، وأشباه السّيوطي ص ٣٨٥-٣٨٦، ومختصر الخرقي ١٠/٣٤٥، و٣٤٦، وروضة النّاظر١/٩٦-٩٧، والمغني ٧/٢٦٣، و٨/٥١٠، و١٠/٣٤٥، و١١/٤٨٣، و١٢/٢٩٥-٢٩٦، ومختصر الرّوضة ١/١٨٨-١٩٣، وأعلام الموقّعين ص ٦٧٢، و٩٠٢، والإنصاف ٨/٤٣٢-٤٣٩، =

ثانياً: أَنَّ السَّكرَانَ الطّافحَ المغلوب على أمره من الأسباب المباحة غَيرُ مُكَلَّف[1].

ثالثاً: أَنَّ السَّكْرَانَ النَّشْوَانَ -وهو غير الطّافح- مُكَلَّفٌ؛ فيؤاخذ بكافّة تصرّفاته قوليةً كانت أو فعليةً، ما له وما عليه، بأسباب مباحةٍ أو بمحظورةٍ[2].

مستند الإجماع في الثّلاث النّقاط السّابق ذكرها المجمع عليها:

١-قوله -تعالى-: ﴿ **يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ** ﴾[3].

وجه الاستدلال من الآية؛ حيث أفادت بعمومها أنّ السَّكْرَان وهو الذي سُكْرُهُ من الشّراب ولا يعلم ما يقوله،غير مخاطَب بالعبادة -وهي الصّلاة في الآية- وقتَ سكره، ولا يؤدِّيها وهو سَكْران، وإن صلاَّها حال السُّكْر يجب عليه أن يعيدها حال الصّحو؛ دلّ على أنّه غير مُكَلَّفٍ[4].

=

وشرح منتهى الإرادات ٣٦٦/٥، والمحلّى ٣٠٨/٦، و١٩٤/٨، و٤٧٢/٩، و٤٧٦، و٢١٦/١٠، و٢٦٢/١٢.

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) سورة النِّساء، الآية: ٤٣.

(٤) انظر: أحكام الجصاص ١٦٥/٣-١٦٧، وأشباه ابن نجيم ص ٣١١، والبيان والتّحصيل ٢٥٩/٤، وتفسير القرطبي ١٩٤/٥-١٩٦، ومذكرة أصول الفقه ص٣٧-٣٨، ومختصر المزني ص٢٧٦-٢٧٧، والمجموع١٤٤/١٨، وفتح الباري ٢٣٧/٤، والمغني ٣٤٨/١٠، و٥٠٦/١٢، والمحلّى ٢١٢/٦، و٢١٥، و٣٠٨، و٤٧١/٩، و٢٦٢/١٢.

قال في الجامع لأحكام القرآن: «السَّكْرَانُ إذا عَدِمَ الْمَيْزَ لسُكْره فليس بِمُخاطَبٍ في ذلك الوقت؛ لذهاب عقله؛ وإنّما هو مُخَاطَبٌ بامتثال ما يَجب عليه، وبتكفير ما ضيع في وقت سُكْره من الأحكام التي تقرّر تكليفه إيّاها قبل السّكر»[1].

٢-قصة الشّارفَيْن المتقدّمة، وفيها: أنّ حمزة بن عبد المطّلب ﷺ لما شرب الخمر وسَكِرَ؛ قال للنّبيّ ﷺ: «هل أَنْتُم إلاّ عَبيدٌ لأبِـي؟»؛ فعرف رسول الله ﷺ أنّه قد ثَمِل.

ووجه الاستدلال منه؛ حيث إنّ النَّبيّ ﷺ لم يأمره بتجديد إسلامه؛ مع أنّ هذه المقولة التي قالها حمزة ﷺ حال سُكْرِه لو قالها -وحاشاه- أو قالها غيره في حال اعتداله واختياره لكفر بها بإجماع المسلمين، ولَمّا لم يُؤَاخِذْهُ النَّبيُّ ﷺ بمقولته لكونه لا يدري ما يقول؛ دلّ على أنّ مدار التّكليف على الفهم والإدراك؛ فالسَّكْرَان غير مُكَلَّفٍ، ولا يُؤَاخَذ بما صدر منه قولاً أو فعلاً على سبيل التّكليف[2].

قال في الْمِنهاج -بعد ذكر حديث قصّة الشّارِفَين-: «هذا الفعل الذي جرى من حَمزة ﷺ من: شربه الخمر، وقطع أسنمة النّاقتَين، وبقر خواصرهما، وأكل لحمهما وغير ذلك؛ لا إِثْم عليه في شيءٍ منه...، وأمّا باقي الأمورفَجرت منه في حال عدم التّكليف؛ فلا إِثْم عليه فيها كَمَنْ شرب دواء لحاجةٍ فزال به عقله، أو شرب شيئاً يظنّه خلاًّ فكان خَمراً، أو

---

(١) تفسير القرطبي ١٩٤/٥، وانظر: تفسير السّعديّ ص ١٧٩.

(٢) انظر: أعلام الموقّعين ص ٦٧٢، وفتح الباري ٢٣١/٦، تكملة المجموع ١٤٦/١٨، والمحلّى ٤٧٦/٩، و١٠/٢١٦، و٢٦٣/١٢.

أُكْرِهَ على شرب الخمر فشربها فسَكِر؛ فهو في حال السُّكْر غير مُكَلَّف ولا إِثْم عليه فيما يقع منه في تلك الحال بلا خلاف. وأمّا غرامةُ ما أتلفه؛ فَيَجِبُ في ماله»[١].

قال في فتح الباري: «وهو مِنْ أقوى أدلّة مَنْ لَم يُؤَاخِذِ السَّكْرَانَ بِما يقع منه في حال سُكْرِه من طلاق وغيره»[٢].

وقد اعْتُرِض على وجه الاستدلال بأنّ الخمر كانت مُباحةً لذلك سقطت عنه المؤاخذة؛ لأنّ ذلك كان قبل نزول تحريم الخمر؛ فَتُرِكَ لكونه لم يُدْخِل على نفسه الضّرر، ولذلك سقط حكم ما نطق به في تلك الحال[٣].

ويُجاب عن هذا الاعتراض بأنّ الاحتجاج من القصّة إنّما هو بعدم مؤاخذة السَّكْرَان بما يصدر منه، ولا فرق بين أن يكون الشُّرْبُ مُباحاً أو لا[٤].

ومفهوم الآية السّابقة والحديث دلّ على أنّ السَّكْرَان الذي معه التّمييز من أصله، ولم يبلغ نقصان عقله إلى حدٍّ يزول التّكليف معه؛ فإنّه مُخاطبٌ ومُكَلَّفٌ؛ لوجود شرط التّكليف في حقّه[٥].

قال في أحكام القرآن: «وقوله -تعالى-: ﴿حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[٦]،

---

(١) شرح مسلم للإمام النّووي ١٣/١٤٤.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٩/٣٠٣.

(٣) انظر: شرح مسلم ١٣/١٤٤، وفتح الباري ٦/٢٣١، و٩/٣٠٣، وتفسيرالسّعديّ ص ١٧٩.

(٤) انظر: فتح الباري ٩/٣٠٣، والمغني ١٠/٣٤٨.

(٥) انظر: أحكام الجصاص ٣/١٦٥، وبدائع الصّنائع ٣/١٥٨-١٥٩، وتفسير القرطبي ٥/١٩٤، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧، ومختصر المزني ٢٧٧، وفتح الباري ٦/٢٣٢، وأشباه السّيوطي ص ٣٨١-٣٨٧، والمغني ١٢/٢٩٥، وشرح مختصر الرَّوضة ١/١٨٠، وتفسير السّعديّ ص ١٧٩.

(٦) سورة النّساء، الآية: ٤٣.

يدلّ على أنّ السَّكْرَان الذي مُنِعَ من الصّلاة هو الذي قد بلغ به السُّكْرُ إلى حالٍ لا يدري ما يقول، وأنَّ السَّكْرَان الذي يدري ما يقول لم يتناوله النَّهْيُ عن فعل الصّلاة...؛ لأنّ السَّكْرَانَ الذي لا يدري ما يقول لا يجوز تكليفه في هذه الحال؛ كالمجنون والنّائم والصّبيِّ الذي لا يعقل، والذي يعقل ما يقول، لَم يتوجّه إليه النَّهْيُ؛ لأنّ في الآية إباحةَ فعل الصّلاة إذا عَلِمَ ما يقول، وهذا يدلّ على أنّ الآية إنّما حظرت عليه الشُّرْبَ لا فعلَ الصّلاة في حال السُّكْرِ الذي لا يعلم ما يقول فيه؛ إذ غير جائزٍ تكليف السَّكْرَان الذي لا يعقل، وهي تدلّ على أنَّ السُّكْرَ الذي يتعلّق به الحكم هو الذي لا يعقل صاحبُهُ ما يقول»[1].

٣-أنّ من شروط التّكليف: الفهم والإدراك وصحّة القصد، وكلّ ذلك بالعقل، وهو معدومٌ في حقّه؛ فصار زائل العقل بغير اختياره؛ فحكمه حكم الصّبيّ والمجنون ومَنْ زاله عقله بالبنج والدّواء المباح[2].

٤-ولأنّ السُّكْرَ آفةٌ تلحق العقل؛ فيجعل السَّكْرَان ينقطع عمّا كان عليه من العقل؛ فجرى مجرى صَرْعَى[3].

٥-أنّ إنساناً لو نطق بلفظ لا يدري معناه، وكان معناه: كفراً، أو قذفاً، أو طلاقاً؛ فإنّه لا يُؤاخَذ بشيءٍ من ذلك، فإذا كان السَّكْران لا يدري ما يقول؛ فلا يجوز أن يُؤاخَذ بشيءٍ مِمّا يقول[4].

---

(١) أحكام الجصاص ١٦٧/٣، وانظر: تفسير السّعدي ص ١٧٩.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع١٥٨/٣-١٥٩، و١٦٤/٤، والهداية٢٣٠/١، وأشباه ابن نجيم ص ٣١٠-٣١١، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧، ومختصر المزني ٢٧٦-٢٧٧، والمغني ٢٦٣/٧، و٣٤٥/١٠-٣٤٦، و٢٩٥/١٢، وشرح مختصر الرّوضة ١٨٠/١، والمحلّى ٣٠٨/٦.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ١٩٥/٥، و١٧٢٣٥، ومختصر المزني ٢٧٦-٢٧٧.

(٤) انظر: المحلّى ٢٦٢/١٢.

أمّا محلّ اختلاف أهل العلم فهو السَّكْرَانُ الطّافحُ من الأسباب المحظورة، بحيث يكون سُكْرُهُ ناتجاً عن سببٍ محظورٍ متعمِّداً كشُرْبِ الخمر؛ فَسَكرَ، ففيما يأتي مذاهب أهل العلم في تكليفه:

المذهب الأوّل: أنّه غير مُكَلَّف؛ فلا يلزمه شيءٌ، ولا تنفذ تصرّفاته قوليّةً كانت أو فعليّةً. وبه قال الأصوليّون والظّاهرية وقولٌ للمذاهب الأربعة(١).

المذهب الثّاني: أنّه مُكَلَّفٌ، وهو مذهب الفقهاء منهم: الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة(٢).

سبب اختلافهم: هل المعصية تكفي سبباً لتكليفه؛ بحيث يكون التّكليف منوطاً بالمعصية؟(٣)، وستأتي المسألة إن شاء الله -تعالى-.

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ١٦٥/٣، وبدائع الصّنائع ٢٨٧/١، و٣٧٢، و١٥٨/٣-١٥٩، و٤٧٩، و١٦٤/٤، وأشباه ابن نجيم ص ٣١٠، والمدوّنة ١٧٧/١، والمعونة ٨٤٠/٢، والاستذكار ٢١٦/٥، والبيان والتّحصيل ٢٥٧/٤-٢٥٩، و٣١٣/٦، وأحكام ابن العربي ١٩٠/٤، وبداية المجتهد ١٥٦/٣، والذّخيرة ٣٦٧/٢، و٢٣/١٢، و٢٩-٣٠، وتفسير القرطبي ١٩٤/٥-١٩٥، و٢٣٥/١٧، والفواكه الدّواني ٤٧/٢، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧، ومختصر المزني ص ٢٧٦-٢٧٧، و٣٤٠، والمهذّب ٢١/٣-٣٢، وقواطع الأدلّة ٢١١/١-٢١٤، وشرح مسلم ١٤٤/١٣-١٤٥، والمجموع ٨/٣، و١٤٥/١٨، وتمهيد الأسنوي ص ١١٣-١١٥، والمغني ٢٦٣/٧، و٥١٠/٨، و٣٤٥/١٠-٣٤٦، و٣٥٨/١٢، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٧، وشرح مختصر الرّوضة ١٨٨/١-١٩٣، والمحلّى ٢١٢/٦، و٢١٥، و٣٠٨، و٤٧١/٩.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: البيان والتّحصيل ٢٥٧/٤-٢٦٠، و٣٤٣/٤-٣١٤، والذّخيرة ٢٢/٩، وتفسير القرطبي ١٩٦/٥، ومختصر المزني ص ٢٧٧، والمهذّب ٢١/٣-٢٢، والمجموع ٨/٣، والمغني ٢٦٣/٧، و٥١٠/٨، و٣٤٧/١٠، وتعليق الدّكتور على قواعد الأدلّة ٢١١/١، هامش (٣).

الأدلّة:

استدلّ أصحاب المذهب الأوّل القائلون بأنّه غير مُكَلَّف بما يلي:

١-أنّ التّكليف منوطٌ بفهم المخاطب للخطاب وليس منوطاً بالمعصية، ولا يتم ذلك إلاّ بالعقل السّليم الصّحيح، والسَّكْرَان زائل العقل وفاقده ولا يفهم الخطاب ولا يتحقّق القصد الصّحيح منه؛ فلا يكون مُكَلَّفاً كالمجنون والصَّبيّ[١].

٢-ولأنّه غير عاقلٍ؛ فلم يصحَّ قولُهُ؛ كالصَّبِيّ والْمَجنون الذي سَبَّبَ جنونَهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ بجامع عدم فهم الخطاب النّاتج من فعل محظور، والتّكليف مع عدم علم الْمُكَلَّف بما كُلِّف به مُحَالٌ؛ لأنّه يدخل في تكليف الإنسان ما ليس في وسعه، وهذا لا يجوز في الشّرع ولا في العقل[٢].

٣-ولأنّ السَّكْرَان لا يُوثَقُ بصحّة ما يقول، ولا تنتفي عنه التّهمةُ فيما يخبر به فلم يوجد ما يوجب قبول قوله[٣].

وقد اعترض على هذا القول بأنّه مَمنوعٌ؛ فإنّ الصّلاة واجبةٌ عليه، وكذلك سائر أركان الإسلام، ويأثم بفعل المحرَّمات، وهذا معنَى التّكليف، ولأنّ السَّكْرَان لا يزول عقله بالكلّيّة، ولهذا يتّقي المحذورات، ويفرح بما يَسُرُّهُ، ويُسَاءُ بما يضرّه، ويزول سُكْرُهُ عن قُرْب الزّمان؛ فأشبه النّاسي، بخلاف النّائم والمجنون[٤].

---

(١) انظر: المراجع السّابقة عند توثيق المذهب الأوّل القائل بعدم التّكليف، وإعلام الموقّعين ص ٩٠٢.

(٢) انظر: قواطع الأدلّة ١/٢١٢، والمغني ٧/٢٦٤، و٨/٥١٠، وشرح مختصر الرّوضة ١/١٨٨، والمحلّى٦ /٣٠٨.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

(٤) انظر: قواطع الأدلّة ١/٢١٢-٢١٣، والمغني ١٢/٢٩٥-٢٩٦.

يُجاب عن هذا الاعتراض من أربعة وجوه[1]:

الوجه الأوّل: أنّ السَّكْرَان الذي لا يعقل يُلْحَقُ بالصَّبِيّ والمجنون بجامع عدم فهم الخطاب، وإن افترقوا في بعض الأحكام؛ مثل: الصَّبِيّ والمجنون لا يستدركان ما تركا من العبادات، بخلاف السَّكْرَان ومَنْ في حكمه؛ كالنّائم والنّاسي؛ فإنّهم يقضون ما فَاتَهُم منها؛ لسبق الوجوب عليهم.

الوجه الثّانِي: أنّ عدم الفهم في هؤلاء الجماعة مُخْتَلِفٌ ومُتَفَاوِتٌ؛ فالصَّبِيّ والمجنون لا يُدْرِكَان معنَى كلامِ الشّرع، أمّا الصَّبِيّ فبالأصالة؛ لأنّ عقله الذي يفهم ذلك به لم يكمل بعد؛ بحيث يقوى على الإدراك، وأمّا المجنون فبعارضٍ قويٍّ قهريٍّ، وهو الجنون، وكذلك السَّكْرَان عدم فهمه لعارضٍ؛ لكنه اختياريٌّ، ومِنْ هنا وقع الخلاف كثيراً: أَهُو كالصّاحي أم المجنون؟ وأمّا النّائم فعدم فهمه لعارضٍ طبيعيٍّ، وهو النّوم،وأمّا النّاسي؛فيُخالف هؤلاء كلّهم في السّبب والمسبّب،أمّا السّبب؛ فلأنّ سبب عدم فهمه عارضٌ ضروريٌّ خفيفٌ أخفّ من جميع الأسباب؛ لأنّه يُذكَّر بكلمةٍ فيَذْكُر بخلاف النّائم والسَّكْرَان.

وأمّا في المسبِّب -وهو عدم الفهم- فإنّهم فيه سواء؛ بحيث لو خُوطِبَ أحدُهُم بخطاب الشّرع لم يفهم، وهذا القدر المشترك بين

---

(١) انظر هذه الوجوه في: قواطع الأدلّة ١/٢١٢-٢١٣، وشرح مختصر الرَّوضة ١/١٨٨-١٩٣، ونزهة الخاطر ١/٩٦-٩٧، والمحلّى ٦/٣٠٨.

المسقطات للتّكليف، وهو الكافي منها؛ وذلك لأنّ شرط توجيه التّكليف ذِكْرُ الإنسان كونه مُكَلَّفاً، وشرط الشَّيء يَجب دوامُهُ واتّصاله؛ كاستصحاب حكم النِّيّة في الوضوء ونحوه، فمتَى انقطع اتّصالُهُ في وقت من الأوقات، زال التّكليفُ لزوال شرطه؛ لأنّ الأحكام تدور مع علّتها وجوداً وعدماً؛ كما لو انقطعت نيّة الوضوء أو الصّلاة أو الصّوم في أثنائها، أو زال قبض المرتهن للرّهن في وقت ما، زال لزومه الذي القبض شرط له.

الوجه الثّالث: أنّ التّعليل بكونهم: لا يفهمون؛ مُلاحظةٌ لأمر تقديريٍّ، وهو أنّ خطاب الشّارع في تقدير التّجدّد عند بلوغ كلّ مُكَلّف، وعند تكليفه بكلّ حكمٍ شرعيٍّ؛ لأنّ أسبابَ الأحكام الْمُتَكَرِّرة هي قائمةٌ مقام الخطاب بِمسبِّباتها؛ فالْمُكَلَّفُ كلّ يومٍ هو مُخاطَبٌ في التّقدير بِخمس صلواتٍ مثلاً عند كلّ صلاةٍ منها بخطابٍ مقدَّرٍ مُتَجَدِّد، وهذا هو معنَى قولهم: إنّ هؤلاء لا يفهمون الخطاب، يعني: لو أنّ هذا الخطاب المقدَّر خُوطبَ به السَّكْرَان الآن تحقيقاً لم يفهمه.

الوجه الرّابع: أنّ ما ثبت في حقّ السَّكْرَان ومَنْ في حكمه؛ كالغرامات والضّمانات ونفوذ طلاقهم على قول مَنْ يقول به، ونحو ذلك من الأحكام الثّابتة في حقّهم فسبَبِيٌّ، مِنْ باب ربط الحكم بالسّبب، وذلك تحقيقاً للعدل.

استدلّ أصحاب المذهب الثّانِي القائلون بأنّه مُكَلَّفٌ بما يلي:

١-مفهوم التّكليف في قوله -تعالى-: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ** ﴾[1].

---

(١) سورة النِّساء، الآية: ٤٣.

وجه الاستدلال به؛ حيث خاطب الله -سبحانه وتعالى- السُّكَارَى حال سُكْرهم، ولا يُخَاطبُ الشّارعُ إلاّ مُكَلَّفاً؛ فالسَّكْرَان مُكَلَّفٌ؛ لأنّ قوله: ﴿وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ﴾، جملةٌ حاليةٌ، العاملُ فيها: ﴿لَا تَقْرَبُواْ﴾، وصاحبها: ضمير الْمُصَلِّين الذي هو الواو، والمعروف في علم العربية أنّ الحال إذا كانت غير مقدّرة؛ فَوَقْتُهَا هو بعينه وقتُ عاملها؛ فيلزم من ذلك أنّ وقتَ النَّهْيِ عن قربان الصّلاة هو وقتُ السُّكْرِ بعينه، ونهي السَّكْرَان في وقت سُكْرِهِ يدلّ على أنّه مخاطَبٌ مُكَلَّفٌ[1].

وأجيب عن وجه استدلالهم من الآية بعدّة وجوه منها[2]:

الوجه الأوّل: يحتمل أن يكون المراد بالنَّهْيِ؛ النَّهْيِ عن شرب الخمر في أوّل الإسلام قبل نزول تحريمها، أمّا الآن فقد حَرُم قليلُها وكثيرُها، السّكر منها ومبادئه، فلا يكون مباحاً مطلقاً بلا خلاف.

الوجه الثّاني: على أنّه بعد نزول التّحريم؛ فيُحْمَلُ على أنّهم خُوطِبوا حال صحوهم؛ فيكون معناه: «لا تَسْكَروا ثم تقربوا الصّلاة»، كقوله تعالى﴿فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾[3]، وقوله -تعالى-: ﴿وَلَا تَمُوتُنَّ

---

(١) انظر: المبسوط ١٧٦/٦، وأشباه ابن نجيم ص ٣١٠، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٨، وقواطع الأدلّة ٢١٣/١، وتكملة المجموع ١٤٤/١٨-١٤٦، والمغني ٥٠٥/١٢، وروضة النّاظر ٩٧/١، وشرح مختصر الرَّوضة ١٩١/١-١٩٢، ونزهة الخاطر ٩٦/١-٩٧، والمحلّى ٣٠٨/٦، و٥٠٧/٧، و١٩٤/٨، و٤٧١/٩-٤٧٦، و٢١٦/١٠، و٢٦٢/١٢، وأحكام الجصاص ١٦٥/٣، وتفسير القرطبي ١٩٥/٥، وتفسير السّعدي ص١٤١، وشرح مسلم ١٤٤/١٣، وفتح الباري ٣٠٢/٩.

(٢) انظر هذه الوجوه في المراجع السّابقة.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٣٢.

﴿إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾[(١)]، أي: استَمِرّوا على الإسلام حتّى يأتِيَكم الموتُ.

وكقولهم: «لا تَقْرَبِ التَّهجدَ وأنت شَبْعَان»، أي: استَمِرَّ على خِفّة البدن حتّى تقومَ للتَّهَجد؛ فكذلك الآية المذكورة: استَمِرّوا على الصّحو حتّى تدخلوا الصّلاة وتفرّغوا منها، ولا تدخلوها سُكَارَى فتضطرب عليكم صلاتُكُم.

والحاصل أنّهم خُوطِبُوا في حال الصّحو بأَنْ لا تقربوا الصّلاةَ سُكَارَى، لا أنّهم خُوطِبوا حال السُّكْر؛ فلا يصحّ الاستدلال به على التّكليف.

الوجه الثّالث: أمّا قولهم في جملة حالية فصحيحٌ، ولكن يُقال: السُّكْرُ متعلّقٌ بقربان الصّلاة لا بخطّاب الله سبحانه وتعالى للمُصَلّين -كما قالوا-؛ إذ لو كان ذلك لكان تقدير الآية: (يا أيّها الذين آمنوا وأنتم سُكَارَى -أي: أدعوكم وأُخَاطِبُكم وأنتم سُكَارَى- لا تقربوا الصّلاة)، ولا أعلم أحداً قاله من علماء القرآن، ولا يجوز ذلك؛ لأنّه خلاف ظاهر الكلام إن لم يكن خلاف صريحه ونصّه القاطع.

فيكون الخطاب مُوَجَّهاً إليهم حال الصّحو، والنّهي محمولاً على قرب أوقات الصّلاة؛ بحيث يغلب على الظّنّ أنّه يدخل وقتها وهو سَكْرَان؛ لأنّ مَنْ شَرِبَ الْمُسْكِر في وقت يظنّ فيه أنّه يأتيه وقتُ الصّلاة وهو سَكْرَان؛ فكأنّه عَالِمٌ بأنّ صلاته تكونَ في وقت سُكْرِه، ودليل هذا الوجه أنّ الآية لَمّا نزلت كانوا لا يشربونها إلاّ في وقتين: بعد صلاة العشاء، وبعد صلاة الصّبح؛ لأنّه يغلب على ظنّ السَّكْرَان أنّه يصحو فيما

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ١٠٢.

بين العشاء والصّبح، وفيما بين الصّبح والظّهر، وأمّا في غير ذينك الوقتين؛ فلا يشربونها؛ لأنّ وقت الصّلاة في غيرهما يدخل قبل صحو السَّكْرَان وهو واضحٌ؛ فلا يصحّ الاستدلال بها لإتيان التّكليف.

الوجه الرّابع: يحتمل أن يكون المرادُ بالنّهي: خطابَ السَّكْرَانِ الذي لم يبلغ نقصان عقله إلى حدٍّ يزول التّكليف معه، بل به مبادئ النّشاط والطّرب قبل زوال عقله، وهذا مُكَلَّفٌ بلا خلاف، ولكن لو ابتدأ الصّلاة في ذلك الوقت قد يَتمكَّنُ منه السُّكْرُ في أثنائها فَنُهِي عن فعلها.

الوجه الخامس: يُحمَل النّهيُ على وجوب إعادة الصّلاة عليهم حال الصّحو؛ فيما إذا صلّوها حال السّكر، وهذا يدلّ على أنّهم غير مخاطَبين بها وقت السُّكْرِ؛ إذ لو كانوا مُخَاطَبين بها لا يسوغ أن يكونوا منهيّين عن فعل الصّلاة وهم في تلك الحال.

٢-أنّه أدخل على نفسه الفساد، فيُنَزّل مَنْزلة المكلّف عقوبةً عليه وزجراً عن ارتكاب المعصية[1].

٣-ولأنّه يُقْتَلُ بالقتل ويُقْطَع بالسّرقة، وبهذا فارق المجنون[2].

قال الإمام الشّافعي: فإن قال قائلٌ: فهذا -السَّكْرَان- مغلوبٌ على عقله، والمريض والمجنون مغلوبٌ على عقله؟

قيل: المريض مأجورٌ ومُكَفَّرٌ عنه بالمرض، مرفوعٌ عنه القلم إذا ذهب عقله، وهذا آثِمٌ مضروبٌ على السُّكْر، غَيْرُ مرفوعٍ عنه القلم؛

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٥٩/٣، و٣٦٣، و٤٧٩، و١٦٤/٤، و٢٥٧/٦، وأشباه ابن نجيم ص ٣١٠، ومختصر المزني ٢٧٦-٢٧٧، والمهذّب ١٧٥/١، والمجموع ١٤٤/١٨-١٤٦.

(٢) انظر: المغني ٣٤٧/١٠.

فكيف يُقَاسُ مَنْ عليه العقابُ بِمَنْ له الثّوابُ؟ والصّلاةُ مرفوعةٌ عَمَّن غلب على عقله، ولا ترفع عن السَّكْرَان[1].

إلاّ أنّه يُلْحَظُ أنّ تأثير المعصية في التّغليظ إنّما هو في تغليظ الأحكام على الْمُكَلَّف إيجاباً أو إسقاطاً، وليس في أصل التّكليف، و لم أقف على مسألة أثَّرَت المعصيةُ فيها في إسقاط تكليف كان من قبل، أعني: أسقطت التّكليف عن مُكَلَّف، وصَيَّرَت مُكَلَّفاً غيرَ مُكَلَّف، أو في إثبات تكليف لم يكن من قبل، أعني: صَيَّرَت غيرَ مُكَلَّف مُكَلَّفاً؛ إذ مناط التّكليف العقل وجوداً وعدماً، وليس للمعصية فيه دخلٌ، والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

وقد ردّ تعليلهم في البيان والتّحصيل؛ حيث قال: «وقوله: (إذا كان يُسْقَاه ولا يَعْلَمُهُ) كلامٌ فيه نظرٌ؛ لأنّه يدلّ على أنّه لو شَرِبَهُ وهو يَعْلَمُ أنّه يَفْقِدُ به عَقْلَهُ؛ لَلَزِمَهُ ما أَعْتَقَ وطَلَّقَ وإن كان لا يعقل، وهذا لا يصحّ أن يُقَالَ، وإنّما يُلزِمُ السَّكْرَانَ العتقَ والطّلاقَ مَنْ أَلْزَمَهُ ذلك من أهل العلم؛ مِنْ أَجْل أنّ معه بقيةً مِنْ عقله، لا من أَجْل أنّه أدخل السُّكْرَ على نفسه، وقد قيل: إنّما أُلْزِمَ الطَّلاقَ والحدودَ مِنْ أجل أنّه أدخل السُّكْرَ على نفسه، وليس ذلك بصحيحٍ، وإن كان الذي يُسْقَى السَّيْكُرَان[2] يسكر به

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٧٦-٢٧٧، وتمهيدالأسنوي ص١١٣، وأشباه السّيوطي ص٣٨١، هامش (٢).

(٢) السَّيْكُرَان، والسَّكْرَان، نباتٌ معمّرٌ من الفصيلة الباذنْجانية، ينبت في الصّحاري المصرية والهند، له أغصانٌ كثيرةٌ، تخرج من أصلٍ واحد، أوراقه عصيريّةٌ، وأزهاره بنفسجيةٌ، يستعمل في الطّبّ. وهو مُسْكِرٌ، قال ابن حزم: «والسَّيْكُرَان مُسْكِرٌ»، ويرى القرافي أنّه من الْمُفْسِدات، قال: والمفسِد هو: المشوِّش للعقل مع عدم السّرور الغالب؛ كالبنج والسَّيْكران.

=

كالسُّكْر من الخمر ويختلط به عقلُهُ كالسَّكْرَان من الخمر فله حكمه، ويمكن أن يُفرّق فيه بين أَنْ يُدْخِلَهُ على نفسه ليسكر به، أو يُسقَاه وهو لا يعلم...، وهو على قول مَنْ يذهب إلى أنَّ السَّكْرَانَ إنّما أُلْزِمَ الطَّلاقَ مِن أجل أنّه أدخل السُّكْرَ على نفسه وعصى الله تعالى في شرب الخمر، وهو تعليلٌ غير صحيحٍ»[1].

وقال في الجامع لأحكام القرآن: «السَّكْرَان إذا عدم الْمَيْزَ لسُكْرِهِ فليس بِمُخاطَبٍ في ذلك الوقت؛ لذهاب عقله؛ وإنّما هو مُخَاطَبٌ بامتثال ما يَجبُ عليه، وبتكفير ما ضيع في وقت سُكْره من الأحكام التي تقرّر تكليفه إيّاها قبل السّكر»[2].

وأمّا كلام الإمام الشّافعي المنقول عنه سابقاً؛ فقد أجاب عنه في الإبهاج بقوله: «إمّا أن يكون ما قاله الشّافعي قولاً ثالثاً مفصَّلاً بين السَّكْرَان وغيره للتّغليظ عليه، أو يُحمَل كلامُهُ على السَّكْرَان الذي لا ينسل عن رتبة التّمييز دون الطّافح الْمَغشيّ عليه، ولا ينبغي أَنْ يَظُنَّ ظانٌّ من ذلك أنّ الشّافعي يُجَوِّز تكليف الغافل مطلقاً؛ فقَدْرُهُ رضي الله عنه أجلّ من ذلك»[3].

=

انظر: الفروق ٢١٧/١، والمحلّى ١٠٥/٦، والمعجم الوسيط ص ٤٣٩.

(١) البيان والتّحصيل لابن رشد الجدّ ٣١٣/٦-٣١٤، وانظر: أحكام ابن العربي ١٩٠/٤.

(٢) تفسير القرطبي ١٩٤/٥، وانظر: ٢٣٥/١٧.

(٣) الإبهاج لابن السّبكي ١٠٠/١، و(١٥٧/١-١٥٨)، نقلاً عن تعليق د/ محمّد حسن هيتو على تمهيد الأسنوي ص ١١٤، هامش: (٢)، وانظر: أشباه السّيوطي ص ٣٨١-٣٨٢، هامش (٢).

ولعلّ الرّاجح أنّ كونَهُ أدخل على نفسه السُّكْرَ لا يَجعله مُكَلَّفـاً؛ لأنّ هذا ليس من مناط التّكليف، وإنّما مناط التّكليف الوعي والفهم والإدراك، فمتَى وعي السَّكْرَانُ الخطابَ وفهمه وأدركه فهو مُكَلَّفٌ سواء كان سُكْرُهُ بسببٍ مباحٍ أم بسبب محظورٍ، ومتَى لم يعِ السَّكْرَانُ الخطاب ولم يفهمه ولم يُدرِكه فهو غير مكلَّف بأيّ سببٍ كان؛ لأنّ تكليفه يؤدِّي إلى تكليف الغافل ولم يقل به أحدٌ، لكن قد يُمْنَع من التّرخّص بالرُّخَص الشّرعية؛ لأنّها لذوي الأعذار، ومتعمّد المعصية ليس بالمعذور. والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

قال في مذكّرة أصول الفقه: واعلم أنّ العلماء اختلفوا فيما يلزم السَّكْرَان، وممّا قيل في ذلك: التّفصيل؛ لأنّ السَّكْرَان قد يذهب جميعُ عقله حتّى يكون لا يعقل شيئاً، وهو المعروف بالسَّكْرَان الطّافِح، وقد يذهب بعض عقله ويبقى معه بعضه؛ فالأظهر في الطّافح أنّه لا يلزمه شيءٌ مِنَ العقود، ولا العتق، ولا الطّلاق، ولا الجنايات إلاّ ما كان من خطاب الوضع؛ كغرم قيمة المتلف. وأمّا الذي لم يفقد جميع عقله فهو الذي فيه قول مَنْ[1] قال:

لا يلزم الطّافحَ مِنْ عقودٍ ولا جنايات ولا حدود
ومَنْ جَميعُ عَقْلُهُ لَن يفقدا فهو الذي ذا البيت فيه أُنْشِدا
لا يلزم السَّكْرَان إقرار عقود بل ما جنَى عتق طلاق

المسألة الثّانية: التّفريق بين تصرّفاته القولية والفعلية:

---

(١) والقائل هو الشّيخ الشّنقيطي نفسه. كذا قال في هامش مذكّرة أصول الفقه ص ٣٧، هامش (١).

(٢) انظر: مذكّرة أصول الفقه للشّيخ محمّد الأمين الشّنقيطي ص ٣٧.

بعدما تقرّر أنّ السَّكْرَان غير مُكَلَّف مطلقاً؛ سواء كان سببُ سُكْرِهِ مباحاً أو محظوراً، تأتي مسألةُ التّفريق بين تصرّفاته القوليّة والفعليّة؟ على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأوّل: أنّ جميع تصرّفات السَّكْرَان الطّافح موضوعةٌ عنه، قوليّةً كانت أو فعليّةً، سواء كان سُكْرُهُ بسببٍ مباحٍ أم محظورٍ لا فرق في ذلك؛ فلا يلزمه طلاقه ولا عتقه ولا بيعه ولا نكاحه، ولا يُحَدُّ في قذفٍ ولا زنا ولا سرقة، فهو في حكم المجنون الذي القلم عنه في الشّرع مرفوعٌ، وبه قال الظّاهرية، ومَنْ قال بعدم تكليف السَّكْرَان من الفقهاء[1].

وذلك منهم بناءً على أنّ السَّكْرَان غير مُكَلَّف؛ فلا يلزمه شيءٌ مما

---

(١) وهو قول عثمان البتّيّ، وأبي يوسف والطّحاوي من الحنفية، وسحنون ومحمّد بن عبد الحكم من المالكية، والمزني من الشّافعية، ورجّحه الدّكتور عبد الكريم زيد.
انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٨٧، و٣/١٥٨-١٥٩، و٣٦٣، و٤٧٩، و٤/١٦٤، و٦/٢٥٧، وأشباه ابن نجيم ص١٢٨،و٣١٠-٣١١، والمعونة ٢/٨٤٠، والاستذكار٥/٢١٦،والبيان والتّحصيل٤/٢٥٧-٢٥٩، و٦/٣١٣-٣١٤، وأحكام ابن العربي ٤/١٩٠، وعقد الجواهر ٢/٥٠٨، و٥٥٠، والذّخيرة ١٢/٢٣، وتفسير القرطبي ٥/١٩٦، ومختصر المزني ص ٢٧٦-٢٧٧، و٣٤٠، والمهذّب ٣/٢١-٢٢، و٧٣٣، وقواطع الأدلّة ١/٢١١-٢١٤، ومغني المحتاج ٣/٢٧٩، وشرح مسلم ١٣/١٤٤-١٤٥، والمجموع ٢/٢٠، و٣/٨، و٤/٢٤٤، و٨/٢٦٣، و١٨/١٤٤-١٤٦، وتمهيد الأسنوي ص ١١٣، وروضة النّاظر١/٩٦-٩٧، والمغني ٧/٢٦٣، و٨/٥١٠، و١٠/٣٤٨، و٤٦٣، و١١/٤٨٢-٤٨٣، وشرح مختصر الرّوضة ١/١٩٠، وأعلام الموقّعين ص ٩٠٢، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٧، والإنصاف ٨/٤٣٢-٤٣٩، وشرح منتهى الإرادات ٥/٣٦٦، والمحلّى ٤/٣٨٥، و٦/٢١٢، و٢١٥، و٣٠٨، و٧/٥٠٧، و٨/١٩٤، و٩/٤٧١-٤٧٢، و١٠/٢١٦، و١٢/٢٦٢، والمدخل لزيدان ص ٢٥٢.

قاله أو فعله.

المذهب الثّاني: لا فرق بين جميع تصرّفات السَّكْرَان الطّافح إذا كان سُكْرُهُ بسببٍ محظورٍ، هو فيها مُكَلَّفٌ؛ كالصّاحي؛ قوليّةً كانت أو فعليّةً. وبه قال الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة، على خلافٍ بينهم فيما يُستَثْنَى منها، ورجّحه صاحب قواطع الأدلّة[١].

وذلك بناءً على القول بأنّ المعصيّة تؤثّر في تغليظ الأحكام الشّرعية إيجاباً أو إسقاطاً.

المذهب الثّالث: التّفريق بين تصرّفات السَّكْرَان الطّافح القوليّة والفعليّة بأيّ سببٍ كان سُكْرُهُ؛ فالقوليّة موضوعةٌ عنه غير مؤاخذٍ بها، ولا يترتّب عليها شيءٌ؛ فلا يلزمه طلاقه ولا عتقه ولا بيعه ولا نكاحه ولا إقراره ولا يُحَدُّ في القذف ونحو ذلك.

وأمّا تصرّفاته الفعليّة فهي لازمةٌ له، وهو مؤاخذٌ بها؛ فيلزمه الْحَدُّ في الشّرب والقصاص في القتل والحدّ في الزّنى والسّرقة. وبه قال الإمام اللّيث بن سعد، وهو نصّ القاعدة[٢].

يمكن أنْ يُستدلّ لهؤلاء القائلين بالتّفريق بين تصرّفات السَّكْرَان القوليّة وبين تصرّفاته الفعليّة بما يلي:

ثبت بالنّظر في أدلّة الأحكام واستقراء النّصوص الشّرعية أنّ تصرُّفات ذوي عوارض الأهلية[٣] القوليّة موضوعةٌ عنهم، لا يُؤَاخذون

---

(١) انظر: قواطع الأدلّة للسّمعاني ٢١٤/١، وانظر: المراجع السّابقة.

(٢) وقال به النّووي وظاهر كلام ابن قدامة. انظر: المراجع السّابقة.

(٣) عوارض الأهليّة: العوارض: جمع عارضٍ، وهو المانع. والأهليّة: الصّلاحية. أي: موانع =

بها، ولا يترتّب عليها شيءٌ، بخلاف أفعال جوارحهم؛ فإنّهم مُؤَاخَذُون بها على سبيل أحكام خطاب الوضع.

أمّا وضع تصرّفاته القوليّة وإهدارها فيدلّ عليها ما يلي:

١-قوله تعالى: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ** ﴾[(١)].

وقد اقتصر عليه في إعلام الموقّعين؛ حيث قال: «الصّحيح أنّه لا عبرة بأقواله من طلاقٍ ولا عتاقٍ، ولا هبةٍ، ولا وقفٍ، ولا إسلامٍ، ولا ردَّةٍ، ولا إقرارٍ؛ لبضعة عشر دليلاً ليس هذا موضع ذكرها، ويكفي منها قوله تعالى»[(٢)]، ثم ذكر الآية.

٢-قوله -تعالى-: ﴿ **مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ** ﴾[(٣)].

مفاد الآية الكريمة: أنّ مَنْ أُكْرِهَ على الكفر وأُجْبِرَ عليه، وقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بالإيمان، راغبٌ فيه؛ فإنّه لا حرج عليه ولا إثم، ويجوز النّطق

=

الصلاحية، ومنها: الصّغر والنّوم والجنون والإغماء والخطأ والنّسيان والإكراه وسبق اللّسان، وكلّها يرجع إلى فقدان العقل والقصد الصّحيح اللذين من شروط التّكليف.

انظر: كشف الأسرار للبخاري ٣٥١/٤-٣٥٤، وعقد الجواهر ٥٠٨/٢، والمجموع ٢٤٤/٤،وتمهيد الأسنوي ص١١٢-١١٥،وشرح مختصر الرّوضة١٨٠/١فما بعدها، والمحلّى ١٩٤/٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٧٠، وقواعد ابن القيم ص ٢٤٨.

(١) سورة النّساء، الآية: ٤٣، وانظر: تفسير السّعديّ ص ١٧٩.

(٢) إعلام الموقّعين لابن القيّم ص ٩٠٢.

(٣) سورة النّحل، الآية: ١٠٦.

بكلمة الكفر عند الإكراه عليها. كما دلّ على أنّ كلام الْمُكْرَه بالطّلاق أو العتاق أو البيع أو الشّراء أو سائر العقود؛ أنّه لا عبرة به، ولا يترتّب عليه حكمٌ شرعيٌّ؛ لأنّه إذا لم يُعاقَبْ على كلمة الكفر إذا أُكْرِهَ عليه؛ فغيرها من باب أَوْلَى وأحرى، والسَّكْرَان مثل الْمُكْرَه في فقدان الإرادة والقصد الصّحيح[١]. والآية نزلت في عمّار بن ياسر رضي الله في قول أهل التّفسير؛ لأنّه قَارَبَ بعض ما ندبوه إليه[٢]، وفيه:

٣-قال ابن عبّاس -رضي الله عنهما-: أخذ المشركون عمّار بن ياسر فلم يتركوه حتّى سَبَّ النَّبيَّ ﷺ، وذَكَرَ آلهَتَهُم بِخير، ثم تركوه؛ فَلَمّا أتى رسول الله ﷺ قال:((مَا وَرَاءَكَ؟)). قال: شرٌّ يا رسول الله، ما تُرِكتُ حتَّى نلتُ منْكَ، وذكرتُ آلِهَتَهُم بخير. قال: ((كَيْفَ تَجِدُ قَلْبَكَ؟)). قال: مطمئناً بالإيمان. قال: ((إِنْ عَادُوا فَعُدْ))[٣].

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على أنّ مَنْ أَكْرَهَهُ الكفَّارُ حتّى خشي على نفسه القتلَ؛ فذكر آلِهَتَهم بِخير، ونال مِنْ حرمة النَّبيِّ ﷺ عند الإكراه؛ فإنّه لا إِثْمَ عليه، ولا يكفر، ولا يُحْكَم عليه بالرّدّة؛ فلا تَبِين منه زوجَتُهُ، ولا يُحْكَمُ عليه بحكم الكفر[٤].

---

(١) انظر: تفسير السّعدي ص ٤٥٠.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ١٠/١٦٠.

(٣) أخرجه الحاكم في مستدركه ٢/٣٥٧، وصحّحه على شرط الشّيخين، ووافقه الذّهبي، والبيهقي في السّنن الكبرى ٨/٢٠٨، برقم: (١٦٦٧٣).
وقال ابن حجر في الدراية٢/١٩٧: ((إسناده صحيحٌ إن كان محمد بن عمّار سمعه من أبيه)). وقال فتح الباري ١٢/٣٢٧: إنّه مُرسَلٌ، رجاله ثقاتٌ.
وانظر: نصب الرّاية ٤/١٥٨، وتفسير القرطبي١٠/١٦٠.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ١٠/١٦٢، وفتح الباري ١٢/٣٢٧.

وأيضاً فيه أمرُ النَّبيِّ ﷺ عمّار بن ياسر ﷺ بمثله إذا هُمْ عَادُوا، والنَّبيُّ ﷺ لا يأمر بالباطل؛ فدلّ على أنّ تصرّفات ذوي عوارض الأهلية القوليّة -ومنهم السَّكْرَان- لا يترتّب عليها شيءٌ.

٤-قصّة ماعز ﷺ لَمَّا أَقَرَّ للنَّبيّ ﷺ بالزّنى فسأله «أَشَرِبَ خَمْراً؟»فقام رجلٌ فاستَنْكَهَهُ فلَمْ يَجِدْ منه ريح خَمْرٍ[١].

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلَّ سؤالُ النَّبيِّ ﷺ عن كشف حاله، أَهو سَكْرَانُ أم لا؟ فدلّ على أنّ إقراره لا يصحّ، وهو تصرّفٌ قوليٌّ؛ إذ لو كان السَّكْرَانُ مقبولَ الإقرار مع سُكْرِهِ لَمَا احتيج إلى تعرُّف براءته منه، ولَمَا كان لسؤال النَّبيّ ﷺ فائدةٌ، وهو محال[٢].

٥-قصّة الشّارفَين المتقدّمة، وفيها أنّ حمزة بن عبد المطلب ﷺ، قال للنَّبيّ ﷺ لما سَكِرَ وثَمِلَ: «هَلْ أَنْتُم إلاّ عَبيدٌ لأَبِي؟».

وجه الاستدلال منه؛ أنّ هذا القول يوجب الحكم بالرّدّة على مَنْ قاله قاصداً مختاراً في اعتداله، ولكن النَّبيّ ﷺ لم يأمره بتجديد إسلامه، ولم يحكم بكفره، ولا قال له: إنّك ارتددت عن دينك، فدلّ على أنّ كلّ ما جاء مِنْ مَنْطق السَّكْرَان موضوعٌ لاغٍ لا حكم له، ولا يترتّب عليه شيءٌ[٣].

٦-قصّة الذي قال مِنْ شدّة الفرح: «اللّهُمَّ أَنْتَ عَبْدِي وَأَنَا رَبُّكَ»[٤].

---

(١) تقدّم تخريجه في فقرة: من أدلّة القاعدة (٥٣).

(٢) انظر: فتح الباري ١٢/١٢٩، وتكملة المجموع ١٨/١٤٥، والمغني ١٢/٣٥٩، وأعلام الموقّعين ص ٩٠٢.

(٣) انظر: فتح الباري ٦/٢٣١، و٨/٦٧٩، وتكملة المجموع ١٨/١٤٦، أعلام الموقّعين ص ٦٧٢، و٩٠٢، والمحلّى ٩/٤٧٦، و١٠/٢١٦، و١٢/٢٦٣.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ٤/٢١٠٥، كتاب التّوبة، باب في الحضّ على التّوبة، =

وجه الاستدلال منه؛ أنّ هذا القول لو قاله في حال اعتداله واختياره لكفر، ولكن عُذِرَ لشدّة فرحه؛ فالسَّكْرَان أولى؛ لأنّه أسوأ حالاً منه[١].

قال في فتح الباري: «فيه أنّ ما قاله الإنسانُ من مثل هذا في حال دهشته وذهوله لا يُؤاخَذُ به، وكذا حكايته عنه على طريقٍ عِلْمِيٍّ، وفائدةٍ شرعيّةٍ، لا على الهزل والمحاكاة والعبث»[٢].

٧-قوله ﷺ : «رفع القلم عن ثلاثة: عن النّائم حتّى يستيقظ، وعن المُبْتَلَى حتّى يبرأ، وعن الصَّبِيّ حتّى يكبر»، وفي رواية: «عن المجنون المغلوب على عقله حتّى يفيق، وعن النّائم حتّى يستيقظ، والصّبيّ حتّى يحتلم»، وفي رواية: «عن الصَّبِيّ حتّى يبلغ، وعن النّائم حتّى يستيقظ، وعن المعتوه حتّى يبرأ»[٣].

٨-وقوله ﷺ : «إنّ الله وضع عن أمّتي: الخطأ والنِّسيان وما استُكْرِهُوا عليه»[٤].

وقد أجمع الفقهاء على أنّ أقوال هؤلاء موضوعةٌ عنهم، وأنّ ما جنته جوارحهم لازمةٌ لهم على سبيل ربط المسبّبات بأسبابها، والسَّكْرَان يُلحَق بهم بجامع عدم فهم الخطاب، وعدم العلم، وعدم القصد الصّحيح، وعدم النّية الصّحيحة[٥].

=

برقم: (٢٧٤٧).

(١) انظر: الذّخيرة ١٢/٣٠، وفتح الباري ١١/١١١.

(٢) فتح الباري لابن حجر ١١/١١١.

(٣) من حديث عائشة وعليّ بن أبي طالب رضي الله عنهما، تقدّم تخريجه في القاعدة [٣١]، التّطبيق (٨).

(٤) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣]، في فقرة: شرح مفردات القاعدة.

(٥) انظر: الموافقات ١/١٣٥-١٥٥-١٦٨، و١٧٣، و٢/٢٥٦-٢٥٧، ومذكّرة

=

٩-الإجماع؛ فإنّ الأُمَّةَ أجمعت على أنّ المجنون والْمَعْتُوهَ لا يجوز طلاقه، والسَّكْرَان معتوه بِسُكْرِه بلا شكّ[١]؛ فدلّ على عدم اعتبار قوله.

وأمّا إلزامه ما جنته جوارحه وفَعَلَتْهُ يداه فدليله ما يلي:

١٠-قصّة حمزة ﷺ السّابقة، وفيها: «فَطَفِقَ رسولُ الله ﷺ يَلُومُ حَمْزَةَ فيما فَعَلَ»، ووجه ذلك: أنّ النّبيّ ﷺ لامَهُ على الفعل و لم يَلُمْهُ على القول؛ فدلّ على أنّ السَّكْرَان مُؤَاخَذٌ بفعله دون قوله. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

١١-وقد ثبت أيضاً أنّ النّبيّ ﷺ أَغْرَمَ حَمزة ثَمَنَ النَّاقَتَين[٢]؛ فدلّ أنّ السَّكْرَان يُؤَاخَذُ بأفعاله دون أقواله.

١٢-أنّ في إلزامه ما جَنَتْهُ جوارحه وفعلته يداه سدّاً لباب الذّرائع؛ إذ يقتل هذا ويقع في الحدود، ويسرق متاع هذا، ويقول: إنّي كنتُ سَكْرَاناً؛ فتضيع حدود الله[٣].

=

أصول الفقه ص ٣٧، وفتح الباري ٣٠٥/٩، و١٢٤/١٢، وأشباه السّيوطي ص ٣٨٧، وروضة النّاظر ٩٦/١-٩٧، وشرح مختصر الرّوضة ١٨٠/١-١٨٦-١٨٨-١٩٤، ونزهة الخاطر ٩٦/١-٩٧.

(١) وقال التّرمذي في سننه ٤٩٦/٣: العمل عليه عند أهل العلم من الصّحابة وغيرهم. وانظر: إجماع ابن المنذر ص٤٤، وبداية المجتهد١٥٦/٣، وعارضة الأحوذي ١٦٦/٥-١٦٧، وتفسير القرطبي١٩٦/٥، وفتح الباري ٣٠٣/٩، وتكملة المجموع ١٤٥/١٨، والمغني ٢٦٣/٧، والمحلّى ٤٧١/٩-٤٧٦.

(٢) قال الإمامان: النّووي وابن حجر العسقلاني بأنّ ابن أبي شيبة أخرجه عن أبي بكر بن عياش أنّ النّبيّ ﷺ أَغْرَمَ حَمزةَ ثَمَنَ النّاقَتَين، و لم أقف -بعد البحث- عليه في مصنّف ابن أبي شيبة، ولا في غيره. انظر: شرح مسلم ١٤٥/١٣، وفتح الباري ٢٣٢/٦.

(٣) انظر: البيان والتّحصيل ٢٥٧/٤.

١٣-ولأنّ الفعل يحتاج إلى مقدّماتٍ أكثر من القول، وأغلب تلك الأفعال من قبيل ما عليه، ويترتّب عليها الضّمان؛ فلو لم تلزمه؛ لأفضى إلى أنّ مَنْ أراد أن يعصي الله -تعالى- شَرِبَ ما يُسْكِرُهُ، ثم يقتل ويزني ويسرق، ولا تلزمه عقوبةٌ ولا مَأْثَمٌ، ويصير عِصْيَانُهُ سبباً لضياع الحقوق، ولسقوط عقوبة الدُّنيا عنه ولا وجه لهذا[١].

١٤-ولأنّ التّصرّفات القوليّة يمكن إلغاؤها، بدليل أنّ الصّاحي له الرّجوع عن إقراره مثلاً، بخلاف الفعل؛ كالقتل والزّنا والسّرقة والإتلاف؛ فإنّه لا يمكن إلغاء شيءٍ من ذلك[٢].

١٥-أنّ إلزامه ما جنَتْهُ جَوَارِحُهُ من قبيلٍ أحكام خطاب الوضع، وهو ربط الأحكام بالأسباب، وإيقاع المسبَّبات بالأسباب[٣].

وقد يُعْتَرَضُ على هذا التّعليل بعدّة اعتراضات، منها:

الاعتراض الأوّل: التّلازم، وهو أن يقال: إنَّ مِنْ تصرّفاته القوليّة ما هو من قبيل أحكام خطاب الوضع؛ كالتّطليق سببٌ لوقوع الطّلاق، والإعتاق سببٌ للعتاق[٤]؛ فيلزم -حسب تعليلهم- وقوع الطّلاق

---

(١) انظر: الذّخيرة ٢٠٣/٤، والمغني ٤٨٢/١١، و٣٥٨/١٢-٣٥٩، والمحلّى ٤٧٥/٩-٤٧٦، و٢٢٠/١٠.

(٢) انظر: المغني ٤٨٣/١١.

(٣) انظر: الموافقات ١٣٥/١، و١٥٥-١٦٠-١٦٨، و١٧٣، و٢٥٦/٢-٢٥٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧، والمستصفى ٥٤/١، وتمهيد الأسنوي ص ١١٣-١١٥، وأشباه السّيوطي ص ٣٨٧، وروضة النّاظر ٩٦/١-٩٧، وشرح مختصر الرّوضة ١٨٨/١-١٩١، والمحلّى ٢٢٠/١٠.

(٤) انظر: المجموع ١٤٦/١٨.

ونفوذ العتق، وأنتم لا تقولون به، بناء على قولكم: إنّ تصرّفاته القوليّة موضوعةٌ عنه؟

يُجاب عنه: بأحد وجهين:

الوجه الأوّل: أنّ ورود التّلازم على التّعليل مُسَلَّمٌ، وأنّ التّطليق سببٌ لوقوع الطّلاق، والإعتاق سببٌ للعتاق، وصدر القاعدة يأباه؛ لأنّه تصرّفٌ قوليٌّ وهو موضوعٌ لِمَا سبق، فلا يقع، إلاّ أنّ مشروعيةَ الأسباب لا تستلزم مشروعيةَ الْمُسَبَّبات، وإن صحّ التّلازم بينهما عادةً[1].

الوجه الثّاني: أنّ السّؤال نفسه يوجّه إليهم؛ وهو الاستفسار عن السّبب لوقوع الطّلاق أَهُو إيقاع لفظه مطلقاً أم هو مع غيره؟ فإنْ كان الجواب: نعم؛ لزم أن يقع من المجنون والنّائم والسَّكْرَان الذي لم يعص بسُكْرِه إذا وقع منْ أحدهم لفظ الطّلاق، وهذا لم يقل به أحدٌ. وإنْ كان الجواب: أنّ السّبب إيقاعُ اللّفظ من العاقل الفاهم الواعي الذي يفهم ما يقول؛ فالسَّكْرَان غير عاقلٍ ولا فاهمٍ فلا يكون إيقاع لفظ الطّلاق منه سبباً. والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب[2].

الاعتراض الثّاني: أنّ القول بعدم وقوع طلاق السَّكْرَان مخالفٌ للمقاصد الشّرعية؛ لأنّه إذا فعل حراماً واحداً لزمه حكمه؛ فإذا تضاعف جرمه بالسُّكر، وفعل المحرَّم الآخر سقط عنه الحكم؛ فمثلاً: لو أنّه ارتدَّ بغير سُكْرٍ لزمه حكم الرّدّة؛ فإذا جَمَع بين السُّكْر والرّدّة لم يلزمه حكم الرّدّة لأجل السُّكر.

---

(١) انظر: الموافقات ١/١٣٧، و١٥٥، والمجموع ١٨/١٤٦.

(٢) انظر: المجموع ١٨/١٤٦.

يجاب عنه: بأحد أمرين:

أحدهما: أنّه لم يُسْقَط عنه حكم المعصية الواقعة منه حال السُّكْر، لكونه فَعَلَ مُحرَّماً وهو السُّكر؛ فإنّ ذلك ممّا لا يقول به أحدٌ، وإنّما أُسْقِطَ عنه حكم الصّاحِي فلم يكن فعله لمعصية الشّرب هو الْمُسقط. والله -تعالى- أعلم بالصّواب[١].

الأمر الثّاني: أنّ في إيْقاعهم الطّلاقَ على السَّكْرَان عقوبةً له -لكون السُّكْرِ بِسَبَبٍ مُحَرَّمٍ باختياره -مخالفةً لقاعدةٍ شرعية: أنّ الجنايةَ شرعاً لا يترتّب عليها مِنْ جهةٍ واحدةٍ عقوبتان؛ وأنتم قد عاقبْتُموه بإيْجاب الحدّ في الدّنيا وجعلْتُمُوه من أهل الوعيد في الآخرة[٢].

وأمّا مَنْ يقول بالقاعدة ويرى وقوع طلاق السَّكْرَان وعتقه؛ فإنّه سيقول: إنّ عموم صدر القاعدة يُخَصَّصُ بنفوذ طلاق السَّكْرَان وعتقه مع أنّ كلاًّ منهما تصرّفٌ قوليٌّ وذلك لورود النّصّ، وهو قوله ﷺ: «ثلاث جِدُّهُنَّ جِدٌّ وهزلُهُنَّ جِدٌّ وهي: النّكاح والطّلاق والعتاق»[٣].

لكن قد يُعْتَرَضُ على هذا بأنّ الحديث واردٌ في صنفين من النّاس كلّ واحدٍ منهما مُكلَّفٌ هما: مُكَلَّفٌ جادٌّ، ومُكَلَّفٌ هازلٌ، وكلّ واحدٍ منهما يعقل قولَ نفسه ويفهمه، وإنّما أُلْزِمَ الهازلُ قولَهُ عقوبةً له؛ لأنّه عاصٍ بفعله، وهو استهزاؤه بحدود الله وآياته[٤].

---

(١) انظر: المجموع ١٨/١٤٦.

(٢) انظر: شرح مختصر الرّوضة ١/١٩٠-١٩١.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة: [٣١]، من أدلّة الأسباب القهرية للعتق.

(٤) انظر: أعلام الموقّعين ص ٦٨٥-٦٨٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧.

وبهذا يترجّح القول بالتّفريق بين تصرّفات السَّكْرَان القوليّة والفعلية، وأنّ القاعدة صحيحةٌ؛ فكلُّ مَا جَاءَ مِنْ مَنْطِقِ السَّكْرَانِ فَهُوَ مَوضُوعٌ عَنْهُ، وهَدَرٌ، لا يُؤَاخَذُ به، ولا تُنفَّذ عقوده القوليّة.

وأنّ جميع تصرّفاته الفعليّة العمليّة، التي جنته جوارحه فهي لازمةٌ له أو عليه؛ لأنّ الفعل أقوى من القول، ويحتاج إلى مقدّمات أكثر من القول، ولا يمكن رفعه ولا إلغاؤه بعد وقوعه بخلاف القول. واللّٰه سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

قال في الاستذكار مُرَجِّحاً هذا القول: «قول اللّيث حَسَنٌ جدّاً؛ لأنّ السَّكْرَان يَلتَذُّ بأفعاله، ويشفي غَيظَهُ، وتقع أفعالُهُ قصداً إلى ما يقصده من لَذّة بزنى أو سرقة أو قتل، وهو مع ذلك لا يعقل أكثر ما يقول بدليل قول اللّٰه عزّ وجلّ: ﴿لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾[١].

فإذا تبيّن على الشّارب التّخليطُ البيِّنُ بالْمَنْطق مِنَ القراءة وغيرها؛ فقد تغيَّر عقلُهُ، وصحّ سُكْرُهُ، وباللّه التّوفيق لا شريك له»[٢].

أمّا تعليله: «لأنّ السَّكْرَان يلتَذُّ بأفعاله، ويشفي غيظَهُ»؛ ففيه نظرٌ؛ إذ لو كان يلتذّ بأفعاله ويشفي غيظَهُ حالَ سُكْرِهِ؛ لاسْتَلْزَمَ منه أن يتأذّى ويتضرّر بالضّرب حالَ السُّكْر، وهذا خلاف ما عليه جمهور أهل العلم في قولهم: إنّه لا يُقَامُ الحدُّ على السَّكْرَان حالَ سُكْرِهِ، بل يُنتَظَرُ حتّى يصحو، وعلّلوا ذلك بأنّ الحكمة من الحدود الزّجر والرّدع والجبر؛ إذ الحدود زواجر وجوابر؛ قالوا: ولا يَنْزَجِر بالضّرب حال السّكر؛ لعدم

---

(١) سورة النّساء، الآية: ٤٣.

(٢) الاستذكار لابن عبد البرّ ٥/٢١٦.

شعوره بالألم، ولعدم النّكاية عند الغفلة[١].

وهذا الذي قلته واردٌ في الحدود التي فيها الضّرب، وأمّا التي فيها القطع؛ فإنْ قطعه حال سُكْرِهِ أجزأه؛ لأنّ أَلَمَ القطع يبقَى بعدَ زوال السُّكْرِ، بخلاف الضّرب[٢]. والله -سبحانه تعالى- أعلم بالصّواب.

قال في الذّخيرة: «قاعدة: كلُّ تصرُّفٍ لا يترتَّبُ عليه مقصودُهُ لا يُشْرَعُ؛ فلذلك لا يُحَدُّ الْمَجنونُ بسببٍ في الصّحة، ولا السَّكْرَان؛ لأنّ مقصود الحدّ الزّجر بما يشاهده الْمُكَلَّفُ من الْمُؤْلِمَات والْمَذلاّت في نفسه، وذلك إنّما يحصل بِمرآة العقل»[٣].

المسألة الثّالثة: أثر المعصية في تغليظ الحكم في الشّريعة، أعْني: هل كونُ سببِ شيءٍ معصيةً ومُخَالَفَةً كفيلٌ لِيُسَوِّغَ ويوجِبَ حكماً على المرتكب والمتلبّس به أم لا؟ وهل تجوز الرُّخَصُ للعصاة أم لا؟[٤].

بالنّظر إلى كتب أهل العلم يُمكن القول بأنّ لهم في تأثير المعصية في

---

(١) وخالف الظّاهرية فقالوا: إنّه يُحَدّ حين يؤخذ. انظر: بدائع الصّنائع ١١٨/٦، وأشباه ابن نجيم ص ٣١٠-٣١١، والذّخيرة ٣٤١/٤، و١٩١/١٢، والمهذّب ٥٤٤/٣، ومختصر الخرقي والمغني ٢٩٥/١٢-٢٩٦، و٥٠٥، وشرح منتهى الإرادات ٢٩٤/٦، والمحلّى ٣٧٤/١٢-٣٧٥.

(٢) انظر: الذّخيرة ١٩١/١٢.

(٣) الذّخيرة للقرافي ٣٤١/٤، وانظر: ١٩١/١٢، والموافقات ١٣٧/١، و١٥٥، و١٦٧، والمنثور ٢١٨/٢.

(٤) انظر: المبسوط ١٧٥/٦-١٧٦، والبيان والتّحصيل ٢٥٨/٤، وبداية المجتهد ٤٠٥/١-٤٠٦، و١٥٦/٣، والموافقات ١٧٣/١، و٢٢٧/٢، و٢٥٧، والمهذّب ٧٣٣/٣، والمجموع ٢٠/٢، والمغني ٢٦٣/٧، والقواعد النّورانية ص ٢٨٦، وشرح مختصر الرّوضة ١٩٠/١.

تغليظ الحكم في الشّريعة مذهبين:

المذهب الأوّل: لا تأثير للمعصية في تغليظ الحكم في الشّريعة. وهو مذهب الظّاهرية(١)، وهو قولٌ للحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة؛ حيث ألغوا التّفريق بين الطّاعة والمعصية في بعض مسائلَ عمليةٍ يأتِي ذكر بعضها مع أدلّتهم.

المذهب الثّانِي: أنّ المعصيةَ لها تأثيرٌ في تغليظ الحكم في الشّريعة. وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة حيث اعتمدوا وجود المعصية في بعض مسائلَ عمليّةٍ يأتِي ذكرها مع أدلّتهم(٢).

قال في تقرير القواعد: «مَنْ أتَى بِسببٍ يفيد الْملكَ أو الْحلَّ أو يُسقِط الواجبات على وَجْه مُحَرَّمٍ، وكان مِمّا تدعو النّفوس إليه؛ أُلْغِيَ ذلك الشّرط، وصار وجودُهُ كالعدم، ولم يترتّب عليه أحكامه». ثم قال: «ويتَخرّج على ذلك مسائلُ كثيرةٌ منها:... السَّكْرَانُ بِشُرْبِ الْخَمْر عمداً

(١) انظر: المبسوط ١/١٧٥-١٧٦، و٢٤/٣٤، ٥٧، وبدائع الصّنائع ١/٢٦١، و٣/١٥٨-١٥٩، و٣٦٣، و٤٧٩، وأشباه ابن نجيم ص ٣١٠-٣١١، والمعونة ٢/٨٤٠، والاستذكار ١/٧٩، و٥/٢١٥-٢١٦، والبيان والتّحصيل ٤/٢٥٧-٢٥٩، وبداية المجتهد ٣/١٥٦، ومختصر المزني ص ٢٧٦، والمهذّب ١/١٧٥، و٣/٢١-٢٢، و٧٣٣، وقواطع الأدلّة ١/٢١٣،ومغني المحتاج ٣/٢٧٩، وشرح مسلم ٥/٢٠١، والمجموع ٢/٢٠، و٣/٨، و٤/٢٤٤، و١٨/١٤٤-١٤٦، والمنثور ١/٣٧١، وفتح الباري ٩/٣٠٣، و١٢/١٢٩، وأشباه السّيوطي ص ٢٦٠، والمغني ٧/٢٦٣، و٨/٥١٠، والإنصاف ٨/٤٣٢-٤٣٩، ونزهة الخاطر ١/٩٦، وشرح منتهى الإرادات ٥/٣٦٦، والمحلّى ١/٣٣٣، و٣/١٨٥، و٢١٦، و٤/٣٨٤-٣٨٥، و٦/٣٠٨-٣٠٩، و٧/٥٠٧، و٨/١٩٤، و٩/٤٧٢-٤٧٦، و١٠/٢١٦، و١٢/٢٦٢.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

يُجْعَلُ كالصّاحِي في أقواله وأفعاله فيما عليه، في المشهور من المـذهب، بخلاف مَنْ سَكِرَ بِبنجٍ ونحوه، أو زال عَقْلُهُ بِأَنْ ضُرِبَ رأسُهُ فَجُنَّ؛ فإنّه لا يقع طلاقه على المنصوص؛ لأنّ ذلك مِمّا لا تدعو النّفوس إليه، بـل في الطّبع وازعٌ عنه، ولذلك لا يَجب عليه قضاء الصّلاة إذا جُـنَّ في هـذه الحالة على الصّحيح))[١].

الأدلّة:

استدلّ أصحاب المذهب الأوّل القائلون بعدم تأثير المعصية في التّغليظ بما يلي:

١-عموم الأدلّة الواردة في أفراد المسائل المذكورة، ومنها: قوله تعالـى: ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓا۟ ﴾[٢]؛ حيث إنّ عموم الآية يشمل سفراً مباحاً وغير مباحٍ.

٢-وأنّ النّبيّ ﷺ لم يَخُصَّ سفراً من سفر، بل عمَّ، وسمّـاه صـدقة في قوله: ((صَدَقَةٌ تَصَدَّقَ الله بِهَا عَلَيكُمْ؛فَاقْبَلُوا صَدَقَتَهُ))[٣]؛ فلا يجوز لأحدٍ تخصيص ذلك[٤].

أجيب عن هذا القول بأنّ الظّاهرية يقولون: إنَّ مَنْ صلّى في غير سبيل الحقّ راكباً أو مقاتلاً أو ماشياً فلا صلاة له؛ فما ذلك إلاّ لأجل معصيته؟[٥].

---

(١) قواعد ابن رجب ص ٤٩٧، ق [١٠٢].

(٢) سورة النّساء، الآية: ١٠١.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٤٧٨/١، كتاب صلاة المسافرين، باب صلاة المسافرين وقصرها، برقم: (٦٨٦).

(٤) انظر: المحلّى ١٨٧/٣.

(٥) انظر: المحلّى ١٨٨/٣.

٣-عموم قوله -تعالى-: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[(١)].

ووجه الاستدلال منه؛ حيث عَمَّ الله تعالى الأسفارَ كلّها و لم يَخُصَّ سفراً من سفر؛ ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾[(٢)(٣)].

٤-أنّ مَنْ قطع الطّريق، أو ضارَب قوماً ظُلماً مريداً قتلهم، وأخذ أموالهم؛ فدفعوه عن أنفسهم، وأثخنوه ضرباً في تلك المدافعة حتّى أوهنوه؛ فمرض من ذلك مرضاً لا يقدر معه على الصّوم، ولا على الصّلاة قائماً؛ فإنّه يفطر ويصلّي قاعداً ويُقْصِر، فأيّ فرقٍ بين مرض المعصية وسفر المعصية؟[(٤)].

أجيب عن هذا بأنّ ما ذكرتموه فرضٌ؛ فالصّلاة والصوم فرضٌ، ولا يسقط بحالٍ من الأحوال ما دام في عقله، وعليه أداؤه حسب حاله.

قال في الاستذكار: «ليس تشبيه فِعْلِ السَّكْرَان بالعجز عن الصّلاة بقياسٍ صحيحٍ؛ لأنّه ما مِنْ أحد يعجز به على نفسه في الصّلاة آثِمٌ، ولا تسقطُ عنه الصّلاةُ، وعليه أن يؤدِّيها على حسب طاقته»[(٥)].

٥-أنّ تعليلهم -بأنّه أدخل على نفسه فساداً-،لا يوجب حكماً؛ لأنّه لم يأت بهذا التّعليل قرآنٌ، ولا سنّةٌ، ولا إجماعٌ، ويدلّ على هذا؛ أنّ مَنْ

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٤.

(٢) سورة مريم، الآية: ٦٤.

(٣) انظر: المحلّى ٣٨٤/٤.

(٤) انظر: الاستذكار ٢١٥/٥، والبيان والتّحصيل ٢٥٧/٤-٢٥٩، و٣١٣/٦-٣١٤، وفتح الباري ٣٠٣/٩، وتكملة المجموع ١٤٥/١٨، والمحلّى ٣٨٥/٤، و٣٠٨/٦، و١٩٥/٨، و٤٧٤/٩-٤٧٦، و٢٦٣/١٢.

(٥) الاستذكار ٢١٥/٥-٢١٦، وانظر: تفسير القرطبي ٢٢٩/٢، وفتح الباري ٣٠٣/٩، والمغني ٢٩٥/١٢.

أُكْرِهَ على شرب الخمر، ففتح فمه كرهاً بأكاليب وصبّ فيه الخمر حتّى سَكِرَ؛ فإنّ هذا لا خلاف في أنّه غير آثِمٍ، ولا في أنّه لم يدخله على نفسه؛ فينبغي أن يكون حكمه على تعليلكم بخلاف حكم مَنْ أَدخل على نفسه، فلا تلزمون هذا المكره شيئاً وإلاّ فقد تناقضتم، فبطل التّعليلُ بأنّ السُّكْرَان أدخل ذلك على نفسه، وصحّ أنّه إذا ذهب تَمييزه فلا شيء عليه[1].

أمّا من الواقع العملي؛ فقد ذكروا مسائلَ فرعيةً أُلْغِي فيها التّفريق بين الطّاعة والمعصية منها:

جواز التّيمم في قصير السّفر وطويله، ولا فرق بين سفر الطّاعة والمعصية؛ لأنّ التّيمّم عزيمةٌ[2]؛ فلا يجوز تركه؛ بخلاف بَقيَّة الرُّخَصِ، ولأنّه حكمٌ لا يَختَصُّ بالسَّفَر؛ فأُبيحَ في سفر المعصية كمسح يومٍ وليلةٍ[3].

جواز المسح على الخفَّين في سفر المعصية يوماً وليلةً؛ فلم يُمْنَعْ من

---

(١) انظر: المحلّى ١٢/٢٦٢-٢٦٣.

(٢) العزيمة: لغة القصد المؤكّدة، ومنه قول الله تعالى: ﴿فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ﴾، [آل عمران:١٥٩].
وفي اصطلاح الأصوليّين هي: كلّ ما ليس برخصة.
وقيل: الحكم الثّابت من غير مخالفة دليلٍ شرعيٍّ، وتشمل: الواجب والمندوب والحرام والمكروه.
انظر: شرح مختصر الرَّوضة ١/٤٥٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٥٩، ونثر الورود ص ٦٩.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ١٥، وتفسير القرطبي ٢/٢٢٩، والمجموع ٢/٢٤٣، و٤/١٥٧، والمغني ١/٣١١، و٣٧٣.

رخصة المسّح لأجل معصيته. وهو مذهب الحنابلة والظّاهرية[١].

جواز المسح على الجبيرة في سفر المعصية؛ حيث لم يُمْنَعْ من رخصة المسح لأجل معصيته. وهو مذهب الحنابلة[٢].

جواز قصر الصّلاة في سفر المعصية، وبه قال الحنفية والظّاهرية وقولٌ للمالكية ولحنابلة[٣].

جواز صرف الزّكاة للمسافر سفر المعصية، وبه قال بعض الحنابلة[٤].

جواز الفطر لِمَنْ سافَر في نهار رمضان، سواء في ذلك سفر طاعةٍ أم سفر معصية، وهو مذهب الظّاهرية[٥].

جواز الأكل من الميتة للمضطرّ العاصي؛ كقاطع الطريق والآبق إذا اضطرّ إليه، وبه قال المالكية وقولٌ للشّافعية والحنابلة والظّاهرية[٦]. لأنّه إحياءٌ لنفسٍ مُشْرِفةٍ على الهلاك.

وهو خلافُ نصّ الآية في قوله -تعالى-: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا

---

(١) انظر: المغني ١/٣٧٣، والإنصاف ١/١٦٩، والمحلّى ١/٣٣٣.

(٢) انظر: الإنصاف ١/١٩٤.

(٣) وهو اختيار الشّيخ تقيّ الدِّين، ورجّحه ابن عقيل في بعض المواضع وقاله بعض المتأخرين.
انظر: بدائع الصّنائع ١/٢٦١، والمجموع ٤/١٥٨، وبداية المجتهد ١/٤٠٥-٤٠٦، و٤١٤، وتفسير القرطبي ٢/٢٢٩، والإنصاف ٢/٣١٦، و٣/٢٣٧، والمحلّى ٣/١٨٥.

(٤) انظر: الإنصاف ٢/٣١٦، و٣/٢٣٧.

(٥) انظر: المحلّى ٤/٣٨٤، وتفسير القرطبي ٢/٢٢٩.

(٦) انظر: الذّخيرة ٤/١١٠، وتفسير القرطبي ٢/٢٢٨-٢٢٩، والقوانين الفقهية ص ١١٦، والمجموع ١/٢٧٣، والإنصاف ٢/٣١٦، و١٠/٣٧١، والمحلّى ١٢/٣٧٦.

عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[(١)]؛ نصّت الآية على اشتراط عدم البغي وعدم العدوان لإحلال تناول الميتة للمضطرّ.

يجاب عنه: بأنّ قولهم هذا فيمَنْ أشرف على الهلاك والموت، وهو منهي عن إلقاء نفسه إلى التّهلكة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[(٢)]، ومأمورٌ بإحيائها بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾[(٣)]، فلو لم يتناول مِنَ الميتة لَعُدَّ مُلْقياً بيده إلى التّهلكة وتاركاً لإحياء النّفس، أمّا آية الاضطرار فهي عامَّةٌ للمضطرّ المشرف على الهلاك وغيره، فتكون آية النّهي عن إلقاء النّفس إلى التّهلكة خصّت منها حالة الهلاك.

ولأنّ تناول المضطرّ العاصي الميتةَ مفسدةٌ؛ لأنّه معصية، وإلقاء النّفس إلى التّهلكة مفسدةٌ؛ فإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفّهما مفسدةً[(٤)]، ولا شكّ أنّ مفسدة إلقاء النّفس إلى التّهلكة عظمى، والأخرى دُنْيا[(٥)].

واستدلّ أصحاب المذهب الثّاني القائلون بتأثير المعصية في تغليظ الحكم بما يلي:

١- أنّ الله -سبحانه وتعالى- اشترط عدم المعصية لإحلال الأكل من الميتة للمُضطرّ، المستفاد من قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[(٦)].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٧٣، وانظر: سورة الأنعام، الآية: ١٤٥، وسورة النّحل، الآية: ١١٥.
(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٥.
(٣) سورة المائدة، الآية: ٣٢.
(٤) انظر: تفسير القرطبي ٢/٢٢٩، وقواعد الأحكام للعزّ ابن عبد السّلام ١/٥٨-٦٣، و١٣٠، وأشباه السّيوطي ص ٢٦١.
(٥) انظر: تفسير القرطبي ٢/٢٢٨-٢٢٩، وتفسير السّعدي ص ٩٠، و٢٢٩.
(٦) سورة البقرة، الآية: ١٧٣.

٢-وقول الله -تعالى-: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[١].

٣-قوله -تعالى-﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٢].

وجه الاستدلال من الآيات الكريمات؛ حيث إنّ مفادها واحدٌ، وهو أنّ الله سبحانه وتعالى أباح الأكل من الميتة للمضطرّ إذا صيَّره العُدْم والجوع إلى ذلك، بشرط أن لا يكون باغياً ولا عادياً بعد كونه مضطرّاً، ونفى عنه الإثم حينئذٍ، أمّا إن كان باغياً وعادياً فلا يُباح له وإن كان مضطرّاً،فالآية نصٌّ في تأثير المعصية في تغليظ الحكم في الأخذ بالرُّخَص[٣].

قال في الجامع لأحكام القرآن: «فيدخل في الباغي والعادي: قطّاع الطّريق والخارج على السّلطان، والمسافر في قطع الرّحم، والغارّة على المسلمين وما شاكَلَه، وهذا صحيحٌ؛ لأنّ أصل البَغي في اللّغة قصد الفساد؛ يقال: بغت المرأة تبغي بغاء؛ إذا فَجَرَت، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ﴾[٤]»[٥].

ثم قال -نصّاً على المسألة-: «واختلف العلماء إذا اقترن بضرورته معصيةٌ؛ بقطع طريقٍ وإخافة سبيلٍ، فحظرها مالك والشّافعي في أحد

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

(٢) سورة النّحل، الآية: ١١٥.

(٣) وخالف الظّاهرية مذهبهم هنا ولم يشترطوا عدم البغي والعدوان لإحلال الميتة للمضطرّ. انظر: أحكام ابن العربي ١/٨٢-٨٣، وتفسير القرطبي ٢/٢٢٠،-٢٣٠، والمغني ٣/١١٥، وتفسير السّعدي ص ٨٢، و٢٧٨، و٤٥١، والمحلّى ١٢/٣٧٦.

(٤) سورة النّور، الآية: ٣٣.

(٥) تفسير القرطبي ٢/٢٢٨-٢٢٩، وانظر: أحكام ابن العربي ١/٨٤-٨٥.

قوليه لأجل معصيته؛ لأنّ الله سبحانه أباح ذلك عوناً، والعاصي لا يَحلّ أن يُعانَ؛ فإن أراد الأكل فليَتُبْ وليَأكُلْ، وأباحها له أبو حنيفة والشّافعي في القول الآخر له، وَسَوَّيَا في استباحته بين طاعته ومعصيته، قال ابن العربي: وعَجَباً مِمَّنْ يبيح له ذلك مع التّمادي على المعصية، وما أظنّ أحداً يقوله؛ فإن قاله فهو مخطئ قطعاً.

قلت[1]: الصّحيح خلاف هذا؛ فإنّ إتلاف المرء نفسه في سفر المعصية أشدّ معصيةً ممّا هو فيه، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾[2]، وهذا عامٌّ))[3].

٤-قوله ﷺ: ((ثلاث جِدُّهُنَّ جِدٌّ وهزلُهُنَّ جِدٌّ وهي: النّكاح والطّلاق والعتاق))[4].

وذلك أنّ الحديث واردٌ في صنفين من النّاس كلّ واحد منهما مُكَلَّف هما: مُكَلَّفٌ جادٌّ، ومُكَلَّفٌ هازلٌ، وكلّ واحدٍ منهما يعقل قولَ نفسه ويفهمه، وإنّما أُلْزِمَ الهازلُ قولَهُ عقوبةً له؛ لأنّه عاصٍ بفعله، وهو استهزاؤه بحدود الله وآياته.

٥-أَثَرُ عبد الله بن عبّاس -رضي الله عنهما- قال: طلاقُ السَّكْرَان جائزٌ إِنْ ركب معصيةً من معاصي الله نفعه ذلك[5].

أجيب عنه بأنّه روي عنه خلافه، وهو أنّ طلاق السَّكْرَان

---

(١) أي: القرطبي.

(٢) سورة النّساء، الآية: ٢٩.

(٣) تفسير القرطبي ٢/٢٢٨-٢٢٩، وانظر: أحكام ابن العربي ١/٨٥.

(٤) تقدّم تخريجه في القاعدة: [٣١]، من أدلّة الأسباب القهرية للعتق.

(٥) انظر: المحلّى ٩/٤٧١-٤٧٤.

والمستكره ليس بجائز[1]، وهو أصحّ من رواية الجواز.

٦-ولأنّ التّسبّب كما يكون مأموراً به كذلك يكون منهياً عنه، وكما أنّ التّسبّب في الطّاعة يكون مُنْتجاً ما ليس في ظنّ الْمُتسبِّب الْمُكَلَّف من الخير؛ لأدلّة كثيرة منها: قوله -تعالى-: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾[2]، كذلك التّسبّب في المعصية يكون مُنْتجاً ما لم يحتسب من الشّرّ، دلّ عليه أدلّةٌ كثيرةٌ منها: ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾[3]، فإذا كان ذلك كذلك فقد سوّغ تغليظ الحكم على الْمُكَلَّف بالمعصية[4].

٧-ولأنّ التَّرَخُّص شُرِعَ للإعانة على تحصيل المقصد المباح تَوَصُّلاً إلى المصلحة، فلو شُرِعَ ههنا لَشُرِعَ إعانةً على المحرَّم؛ تحصيلاً للمفسدة، والشّرع مُنَزَّهٌ عن هذا[5].

٨-ولأنّ المعصية محرّمةٌ؛ فلا تكون سبباً للرّخصة والتّوسّع والمسامحة؛ إذ الرُّخَصُ لا تُنَاطُ بالمعاصي، ومعنَى ذلك: أنّ فعل الرّخصة متَى توقف على وجودِ شيءٍ نُظِرَ في ذلك الشَّيء؛ فإن كان تعاطيه في نفسه

---

(١) أورده البخاري تعليقاً في صحيحه ٩/٣٠٠، كتاب الطّلاق، باب الطّلاق في الإغلاق.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٣٢.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٣٢.

(٤) انظر: الموافقات ١/١٦٧، والمجموع ١٨/١٤٥.

(٥) انظر: تفسير القرطبي ٢/٢٢٩، والمهذّب ١/٣٢٢، والمجموع ٤/١٥٧-١٦٠، والمغني ٣/١١٦.

حراماً امتنع معه فعل الرّخصة، وإلاّ فلا، وبهذا يظهر الفرق بين المعصية بالسّفر والمعصية فيه(١).

أجيب عن أدلّتهم بأنّ المعصيّة محرّمةٌ؛ لكنّكم تجيزون التّيمّم والصّلاة لِمَنْ سافَر سفر معصية(٢).

لكن يجاب عن هذا الاعتراض بما تقدّم أنّ الصّلاة فرضٌ، والتَّيَمَّم عزيمةٌ، فلا يُتْرَك بالمعصية، ولأنّ الصّلاة عبادةٌ مؤقّتةٌ فأبيح التَّيمّم لحرمة الوقت، ولأنّ التَّيمّم في السّفر والحضر سواء(٣).

أمّا من الواقع العمليّ فقد ذكروا مسائلَ فقهيةً اعتبرت فيها المعصية منها:

منع المسح على الخفّين إذا كان الخفُّ مُحَرَّماً؛ كالحرير؛ وذلك لأنّه عاصٍ بِلُبْسِه فلم تُستَبح به الرُّخْصَة؛ كما لا يَسْتَبيح المسافرُ رُخَصَ السَّفَر بسفر المعصية(٤).

منع قصر الصّلاة في سفر المعصية؛ كالإباق وقطع الطّريق والتّجارة في الخمر والمحرَّمات؛ فلا يجوز له القصر فيه، وهو مذهب المالكية والشّافعية والحنابلة(٥).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٥٨/٣-١٥٩، وأحكام ابن العربي ٨٥/٢، وتفسير القرطبي ٢٢٨/٢-٢٢٩، والذّخيرة ٣٦٧/٢، و٢٠٣/٤، و٢٥٨/١٢، وأشباه السّيوطي ص ٢٦٠، و٢٦٣، والقواعد النّورانية ص ٢٨٦.

(٢) انظر: المحلّى ١٨٧/٣.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٢٢٩/٢، وأشباه السّيوطي ص ٢٦٠-٢٦١.

(٤) انظر: المهذّب ٨٠/١، والمجموع ٢٧٣/١، و٢٩١، والمنثور ٣٧٢/١، وأشباه السّيوطي ص ٢٦٢، والمغني ٣٧٣/١.

(٥) خلافاً للحنفية. انظر: مختصر القدوري ص ٣٨، والهداية ٨٢/١، وبداية المجتهد ٤٠٥/١، و٤١٤، وتفسير القرطبي ٢٢٩/٢، والذّخيرة٣٦٧/٢، والمهذّب٧٥/١، و٣٣٢، وشرح مسلم ٢٠١/٥، والمجموع ٢٧٣/١، و٢٤٣/٢، و١٥٧/٤-١٦٠،
=

منع صلاة الخوف في القتال المحظور؛ كقتال أهل العَدْل، وقِتال أصحاب الأموال لأخذ أموالهم، وقتال القبائل عصبيّةً ونحو ذلك، فلا تجوز فيه صلاة الخوف؛ لأنّ ذلك رخصةٌ وتخفيفٌ؛ فلا يجوز أن يتعلّق بالمعاصي، ولأنّ فيه إعانةً على المعصية وهذا لا يجوز[١].

عدم سقوط صلاة الجمعة في حقّ مَنْ سافَر سفر المعصية، وحُكِيَ عليه الإجماع[٢].

وأيضاً يظهر القول باعتبار المعصية في تغليظ الحكم في الشّريعة بقولهم: إذا كان السَّفَرُ مُباحاً؛ فغَيَّر نِيَّتَهُ إلى المعصية؛ انقطع التَّرَخُّصُ لزوال سببه، ولو سافر لمعصيةٍ فغَيَّر نِيَّته إلى مُباحٍ صار سفَرُهُ مُباحاً، وأبيح له ما يباح في السّفر المباح، ويحرم على الآخر[٣].

منع صنع الطّعام للنِّساء من أهل الميّت إذا كُنَّ يَنُحْنَ؛ لأنّه إعانةٌ على المعصية[٤].

القول بأنّه ليس للمضطرّ في سفر المعصية الأكل من الميتة؛ كقاطع الطريق والآبق إذا اضطرّ إليه على الصّحيح من مذهب الشّافعية والحنابلة وقولٌ للمالكية[٥].

=

والمغني ٣/١١٥، والإنصاف ٢/٣١٦.

(١) انظر: تفسير القرطبي ٢/٢٢٩، والمهذّب ١/٣٤٢، والمجموع ٤/٢٠١-٢٠٢، و٢٢٠.

(٢) حكى الإجماع الإمام النّووي، انظر: المجموع ٤/٢٤٥.

(٣) انظر: الذّخيرة ٤/١١٠، والمجموع ١/٢٧٣، و٢٩١، و٤/١٥٧، والمغني ٣/١١٦.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ٢/٢٢٩، والمجموع ٥/٢٠٦، وأشباه السّيوطي ص٢٦٠.

(٥) انظر: تفسير القرطبي ٢/٢٢٩، والذّخيرة ٤/١١٠، والقوانين الفقهية ص ١١٦،

=

منع صرف الزّكاة لِمَنْ غُرِّمَ في معصيةٍ بلا نزاعٍ، أو سَافَر في معصيةٍ، على الصّحيح من مذهب الشّافعية والحنابلة؛ لأنّ في إعطائه الزّكاة إعانةً على المعصية(١).

منع الفطر في رمضان لِمَنْ سَافَرَ سفر المعصية؛ لأنّ ذلك إعانةٌ على المعصية، والإعانة على المعصية معصيةٌ(٢).

منع الوارث القاتل من مورّثه؛ لأنّ عاصٍ واستعجل حقَّهُ قبل أوانه.

ومن هنا قولهم: بنفوذ طلاق السّكران تغليظاً عليه؛ كي لا تكون المعصية سبباً للتّخفيف(٣).

ففي هذه المسائل أثّرت المعصية في تغليظ الحكم إيجاباً أو إسقاطاً.

وفي هذا جوابٌ لأبي محمّد بن حزم الأندلسي الظّاهري رحمه الله في تشنيعه(٤) على جمهور الفقهاء لتعليلهم نفوذ طلاق السَّكْرَان تغليظاً على الْمُطَلِّق السَّكْرَان بأنّه أدخل على نفسه الفساد، فهو عاصٍ وأنّه لا تكون المعصية سبباً للرُّخَص والتّخفيف، ولا لتقرير المفاسد.

=

والمجموع ٢٧٣/١، والمغني ٣٣٣/١٣، والإنصاف ٣١٦/٢، و١٠/٣٧١.

(١) انظر: المهذّب ٥٥٨/١، والمجموع ٢٧٣/١، و١٢٥/٦، و١٣١-١٣٢، والإنصاف ٢٣٧/٣، و٢٤٧.

(٢) خلافاً للحنفية. انظر: المبسوط ٩٦/٤، وبدائع الصّنائع ٦/٢، و٢٤٦، وتفسير القرطبي ٢٢٩/٢، والذّخيرة ٥٢/١، والمهذّب ٥٧٣/١، والمجموع ١٧٢/٦.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٥٨/٣-١٥٩، والمدوّنة ١٧٧/١، والمعونة ٨٤٠/٢، والبيان والتّحصيل ٢٥٧/٤-٢٦٠، والمغني ٥١٠/٨، و١٠/٣٤٦.

(٤) انظر: المحلّى ١٨٥/٣ فما بعدها، و٣٨٥/٤، و٣٠٨/٦-٣٠٧، و٥٠٧/٧، و١٩٤/٨، و٤٧٤/٩-٤٧٦، و٢٦٢/١٢-٢٦٤.

قال في بدائع الصّنائع: ((وقد يُعْطَى للزّائل حقيقةً حكم القائم تقديراً إذا زال بسببٍ هو معصيةٌ للزّجر والرّدع؛ كَمَنْ قتَل مورثه أنّه يُحْرَم الميراث، ويجعلُ المورث حيّاً زجراً للقاتل وعقوبةً عليه، بخلاف ما إذا زال بالبنج والدّواء؛ لأنّه ما زال بسببٍ هو معصيةٌ))[1].

قال في المعونة: ((طلاق السَّكْرَان لازمٌ خلافاً لِمَنْ ذهب إلى نفيه؛ لأنّ أحكام التّكليف المتعلّقة بالتّغليظ جاريةٌ عليه؛ كالقود إذا قتل، والحدّ إذا زنَى أو قذف، ووجوب قضاء الصّلاة))[2].

وقال في الجامع لأحكام القرآن: ((فأمّا السَّكْرَان الذي لا يعرف الأرض من السّماء، ولا الرّجل من المرأة؛ فلا اختلاف في أنّه كالمجنون في جميع أفعاله وأحواله فيما بينه وبين النّاس، وفيما بينه وبين الله تعالى أيضاً؛ إلاّ فيما ذهب وقته من الصّلوات، فقيل: إنّها لا تسقط عنه بخلاف المجنون؛ من أجل أنّه بإدخاله السُّكْرَ على نفسه كالمتعمّد لتركها حتّى خرج وقتُها))[3]، حيث أُلْزِمَ قضاء ما فات تغليظاً عليه خلافاً للمجنون.

قال في المهذّب: ((ولا يجوز القصر إلاّ في سفرٍ ليس بمعصية، فأمّا إذا سافَر لمعصية؛ كالسَّفَر لقطع الطّريق، وقتال المسلمين، فلا يجوز القصر، ولا التَّرَخُّصُ بشيءٍ من رُخَصِ الْمُسَافِر؛ لأنّ الرُّخَصَ لا يَجوز أن تَتَعلَّق بالمعاصي، ولأنّ في جواز الرُّخَص في سفر المعصية إعانةً على المعصية، وهذا لا يجوز))[4].

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٣/١٥٩، وانظر: ٦/٢٥٧.
(٢) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ٢/٨٤٠.
(٣) تفسير القرطبي ٥/١٩٦، وانظر: ٢/٢٢٨.
(٤) المهذّب لأبي إسحاق الشّيرازي ١/٣٣٢، وانظر: ١٧٥، و٣٤٢ منه.

قال في المجموع: «ليس للعاصي بسَفَرِه أكل الميتة عند الضّرورة...؛ لأنّه تخفيفٌ فلا يستبيحه العاصي بِسَفَرِه»[١].

خلاصةُ مذهب جمهور الفقهاء القائلين بتأثير المعصية، وبيان مُستَثْنَيات تصرّفات السَّكْرَان بسبب مُحرَّمٍ عندهم على النّحو التّالي:

ذهب الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة إلى أنّ السَّكْرَان إذا كان سُكْرُهُ بسبب مُحرَّمٍ فهو مُكَلَّفٌ حكمه حكم الصّاحِي؛ يُؤاخَذ بجميع تصرّفاته قوليّةً كانت أو فعليّةً، وتلزمه كلّها على سبيل التّغليظ، سواء ما له أو عليه؛ فيلزمه: الطّلاق والعتق والقود مِن الجراح والقتل؛ لأنّ أحكام التّكليف المتعلّقة بالتّغليظ جاريةٌ عليه[٢].

وأجاز الحنفية آذانه مع الكراهة، ويصحّ عندهم صومه في رمضان إنْ صحا قبل خروج وقت النِّيّة إذا نوى؛ لأنّ تبييت النّية من اللّيل ليس بشرطٍ عند الحنفية، ولا يبطل اعتكافه، ويصحّ وقوفه بعرفات كالمغْمَى

---

(١) المجموع للنّووي ١٥٨/٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٢/١، و١٥٨/٣-١٥٩، و١٦٤/٤، و٥١٤/٥، وأشباه ابن نجيم ص١٢٨، و٣١٠-٣١١، والمعونة ٨٤٠/٢، والاستذكار ٢١٣/٥-٢١٨، وأحكام ابن العربي ١٩٠/٤، وتفسير القرطبي ١٠٠/٣، و١٩٦/٥، ومختصر المزني ص ٢٧٦-٢٧٧، والمهذّب ٨٧/١، و١٧٥، و٦٢٤، و٨٠٠، و٣/٢، و٢٢/٣، و٧٣٣، ومغني المحتاج ٢٩٠/٣-٢٩١، و١٥/٤، وشرح مسلم ٢٠٠/١١، والمجموع ٢٠/٢، و٨/٣، و٣٥٤/٦، و٣٦١، و٢٦٣/٨، و٥٤/٩، و١١١، و١٤٤/١٨-١٤٦، وتمهيد الأسنوي ص ١١٣-١١٥، وأشباه السّيوطي ص ٨٧، و٣٨١-٣٨٧، والمغني ٢٦٣/٧-٢٦٤، و٥١٠/٨، و٣٤٥/١٠-٣٤٨، وقواعد ابن رجب ص٤٩٧، والإنصاف ٤٣٢/٨-٤٣٩، وشرح منتهى الإرادات ٤٧٧/٥، والمحلّى ٣٨٥/٤، و٣٠٨/٦، و٥٠٧/٧، و١٩٤/٨، و٤٧١/٩-٤٧٢، و٤٧٦، و٢٦٢/١٢.

عليه؛ وذلك لعدم النِّيّة فيه.

واستثنوا سبع مسائلَ لا يُؤاخَذُ فيها ولا ينفذ تصرّفه فيها وهي: الرّدّة، والإقرار بالحدود الخالصة، والإشهاد على شهادة نفسه، وتزويج الصّغير والصّغيرة بأقلّ من مهر المثل أو بأكثر؛ فإنّه لا ينفذ، والوكيل بالطّلاق صاحياً، إذا سكر فطلّق لم يقع الطّلاق، والوكيل بالبيع لو سكر فباع لم ينفذ على مُوَكِّله البيع، وغصب من صاحٍ وردّه عليه وهو سَكْرَان.

وإنْ كان سُكْرُهُ من مباحٍ فهو مُكَلَّفٌ كالإغماء؛ واستثنوا منه -أيضاً- سقوط القضاء؛ فإنّه لا يسقط عنه وإن كان أكثر من يومٍ وليلة؛ لأنّه بصنعه[1].

والمالكية استثنَوا من ذلك: النّكاح والبيع والرّدّ؛ فلا يلزمه شيءٌ منهما؛ لأنّ كلّ واحدٍ منها عقدٌ لا يتمّ إلاّ بين اثنين فلا يلزمه؛ لتعذّر التّغليظ عليه فيه[2].

وأمّا الشّافعية فالصّحيح أنّهم لا يستثنون شيئاً إذا كان سُكْرُهُ بمعصية، وأسقطوا حكمه وجعلوه كالصّاحي، وقال بعضهم: يُسْتَثْنَى ما فيه تغليظٌ عليه؛ فيلزمه؛ كالطّلاق والعتق والرّدّة وما يوجب الحدّ، وأمّا ما فيه تخفيفٌ؛ كالنِّكاح والرّجعة وقبول الهبات فلا يصحّ منه ولا يلزمه، وقال بعضهم: بنفوذ أقواله فيما له وعليه[3].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٢/١، و١٥٨/٣-١٥٩، و١٦٤/٤، و٥١٤/٥، وأشباه ابن نجيم ص ١٢٨.

(٢) انظر: المعونة ٨٤٠/٢، والاستذكار ٢١٣/٥-٢١٨، وأحكام ابن العربي ١٩٠/٤، وتفسير القرطبي ١٠٠/٣، و١٩٦/٥.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٧٦-٢٧٧، والمهذّب ٨٧/١، و١٧٥، و٦٢٤، و٨٠٠، و٣/٢، و٢٢/٣، و٧٣٣، ومغني المحتاج ٢٩٠/٣-٢٩١، و١٥/٤، وشرح مسلم =

واستثنَى الحنابلة ما كان سبيله تغليظٌ؛ كالطّلاق، وقيل: يُستَثْنَى ما عليه دون ما له[1].

وقد تقدّم أنّ قولهم: إنّه مُكَلَّفٌ كالصّاحي لأجل كونه أدخل على نفسه السُّكْرَ، أنّه تعليلٌ ليس بصحيح[2].

تنبيه:

المؤثِّر في فعل الرُّخَص ما توقف عليه الفعل؛ فمَتَى توقف على وجود شيء، نُظِرَ في ذلك الشَّيء؛ فإن كان تعاطيه في نفسه حراماً، امتنع معه فعل الرُّخْصَة، وإلاّ فلا.

بناء على هذا يظهر الفرق بين المعصية بالسّفر، والسّفر في المعصية.

أمّا السّفر الموصوف بالمعصية؛ فكسفر الآبق والنّاشزة ونحوهما؛عاصٍ بالسّفر؛ فالسّفر نفسه معصية، والرّخصة منوطةٌ به، ومعلّقةٌ ومترتّبةٌ عليه ترتّب الْمُسَبَّب على السبب؛ فلا يباح؛ لأنّ في ذلك إعانةً على تعاطي المعاصي.

وأمّا السّفر في المعصية؛ فَكَمَنْ سافَر مباحاً؛ فشرب الخمر في سفره؛ فهو عاصٍ فيه، أي: مرتَكِب المعصية في السّفر المباح؛ فالسّفر نفسه ليس معصيةً، ولا هو آثِمٌ به فتُباح فيه الرُّخَص؛ لأنّها منوطةٌ بالسّفر، وهو في نفسه مباحٌ؛ ولهذا قيل بجواز المسح على الخفّ المغصوب بخلاف المحرم؛

=

١١/٢٠٠، والمجموع ٢/٢٠، و٣/٨، و٦/٣٥٤، و٣٦١، و٨/٢٦٣، و٩/٥٤، و١١١، و١٨/١٤٤-١٤٦، وتمهيد الأسنوي ص ١١٣-١١٥، وأشباه السّيوطي ص ٨٧، و٣٨١-٣٨٧.

(١) انظر: المغني ٧/٢٦٣-٢٦٤، و٨/٥١٠، و١٠/٣٤٥-٣٤٨، وقواعد ابن رجب ص٤٩٧، والإنصاف ٨/٤٣٢-٤٣٩، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤٧٧.

(٢) انظر: البيان والتّحصيل ٦/٣١٣-٣١٤، وأحكام ابن العربي ٤/١٩٠.

لأنّ الرّخصة منوطة باللّبس، وهو للمحرم معصيةٌ، وفي المغصوب ليس معصية لذاته، بل للاستيلاء على حقّ الغير، ولذا لو ترك اللّبس لم تزل المعصية بخلاف المحرم[1].

الخلاصة؛ أستخلص ممّا سبق ما يلي:

أوّلاً: الصّحيح أنّ السَّكْرَانَ الطّافحَ الذي لا يعرف ما يقول ليس مُكَلَّفاً مطلقاً، سواء كان سُكْرُهُ بسببِ مُباحٍ أم بِمَحَرَّمٍ مَحْظور، وأنّه كالمجنون، وكونه أدخل الفساد على نفسه بالسُّكْرِ لا يُصَيِّره مُكَلَّفاً؛ لأنّ المعصية ليست مِنْ مناط التّكليف.

ثانياً: الصّحيح أنّ تصرّفات السَّكْرَانِ الطّافحِ القوليّة موضوعةٌ عنه مرفوعةٌ لا تلزمه منها شيءٌ، وأنّ تصرّفاته العملية الفعلية لازمةٌ له على سبيل خطاب الوضع.

ثالثاً: أنّ للمعصية أثراً في تغليظ الحكم فيما طريقه الرّخصة والتّخفيف، إيجاباً أو إسقاطاً؛ فقد أسقط الله -سبحانه وتعالى- إباحة الأكل من الميتة لِمَنِ اضطرّ في مجاعةٍ إذا كان باغياً وعادياً، مع أنّ المشقّة تجلب التّيسير، والضّرورات تبيح المحظورات، ولكن نصّ الله تعالى ذِكْرُهُ على أنّها إنّما تبيح المحظورات لِمَنْ لم يكن عاصياً ببغيه وعدوانه بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2].

رابعاً: أنّ ما كان طريقه العزيمة لا أثر للمعصية في تغليظ الحكم فيه؛ لذا قالوا بجواز التّيمّم للمسافر سفر المعصية؛ لأنّ التّيمّم عزيمة ولا يجوز

(١) انظر: المنثور ١/٣٧١-٣٧٦، وأشباه السّيوطي ص٢٦٠-٢٦٣، والمغني ١/٣٧٣.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٧٣، وانظر: سورة الأنعام، الآية: ١٤٥، والنّحل، الآية: ١١٥.

تركه؛ فلا تكون المعصية سبباً لإسقاطها؛ ولا فرق في إباحتها بين المعصية والطّاعة بخلاف بقيّة الرُّخَصِ؛ ولأنّه حكمٌ لا يختصّ بالسَّفَر فأبيح في المعصية كمسح يومٍ وليلة[1].

خامساً: أنّ المعصية ليست سبباً ولا شرطاً من شروط التّكليف؛ فلا تُصَيِّرُ مَنْ ليس مُكَلَّفاً مُكَلَّفاً، ولا تُخْرِجُ مُكَلَّفاً عن حيِّز التّكليف، إذ لو كان ذلك كذلك لكان تعاطي المعصية مُباحةً مَندوباً إليه مطلقاً، وهذا خلاف ما جاء به الإسلام.

والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

من أدلّة القاعدة:

يُستَدَلُّ لهذه القاعدة بما تقدّم من أدلة المذهب الثّالث في المسألة الثّانية: التفريق بين تصرّفات السَّكْرَان القوليّة والفعليّة.

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّ أذان السَّكْرَان موضوعٌ؛ لا يصحّ؛ لأنّ كلامه لا اعتداد له، فلا يعتدّ بأذانه، ولأنّ الأذان عبادةٌ تفتقر إلى قصدٍ صحيحٍ والسَّكْرَان لا قصد له صحيح[2].

٢-أنّ صلاة السَّكْرَان حال سُكْرِه لا تصحّ، ولا يُعتَدُّ بها، وأنّه يجب عليه أن يعيدها حال الصّحو؛ لأنّه مَنْهِيٌّ عن فعلها وهو سَكْرَان، ولأنّ نفي العلم بما يقول يشمل سائر الأقوال والكلام، ومَنْ صار بهذه الحال من

---

(١) انظر: المجموع ٢٤٣/٢، و١٥٧/٤، والمغني ٣١١/١، و٣٧٣، و٣٤٨/١٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٢/١، والمعونة ٨٤٠/٢، ومختصر المزني ص ٢٤، والمهذّب ١٩٦/١، والمجموع ٧٦/٣، وأشباه السّيوطي ص ٣٨٣.

السُّكْر لم يمكنه إحضار نيّة الصّلاة، ولا تصحّ منه، كما لا يصحّ فعل سائر أركانها[١].

٣-وبالتّالي لا تصحّ إمامة السَّكْرَان، ومَنْ صلّى خلفه أعاد[٢].

٤-أنّ وقوفه بعرفة لا يصحّ؛ لأنّه ليس من أهل العبادة[٣].

٥-أنّ تصرّفات السَّكْرَان الطّافح القوليّة؛ مثل: النّكاح، والطّلاق، والعتاق موضوعةٌ عنه فلا يقع ولا ينفذ[٤].

٦-لو قال رجلٌ لزوجته: إنْ كلّمت فلاناً فأنت طالقٌ؛ فكلّمته وهي سَكْرَانةٌ لا يقع الطّلاق؛ لأنّ قولها موضوعٌ عنها[٥].

٧-أنّ إيلاء السَّكْرَان غير لازمٍ له، وكذلك ظهاره، ونذره؛ لأنّه تصرّفٌ قوليّ وهو مرفوع عنه[٦].

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ١٦٥/٣، والمعونة ٨٤٠/٢، والذّخيرة ٢٤٠/٢، والمهذّب ٨٧/١، والمجموع ٢٠/٢، و٨/٣، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٨/١.

(٢) انظر: المدوّنة ١٧٧/١، وتهذيب المدوّنة ٢٥٢/١، وأشباه السّيوطي ص ٣٨٤.

(٣) انظر: أشباه السّيوطي ص ٣٨٤.

(٤) والصّحيح من مذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة نفوذها.
انظر: بدائع الصّنائع ١٥٨/٣، و٣٦٣، و٤٧٩، و٥١٤/٥، والاستذكار ٢١٣/٥-٢١٦، والبيان والتّحصيل ٢٥٧/٤-٢٥٩، و٣١٣/٦-٣١٤، والذّخيرة ٨٦/١١، والقوانين الفقهية ص ١٥١، ومختصر المزني ٢٧٦-٢٧٧، و٣٤٠، والمهذّب ٢١/٣-٢٢، والمغني ٢٦٣/٧، و٣٤٩/١٤، وشرح منتهى الإرادات ٣٦٥/٥-٣٦٦، و٤٧٧، والمحلّى ١٩٤/٨، و٤٧١/٩، و٤٧٦.

(٥) انظر: أشباه السّيوطي ص ٣٨٦، والمغني ٤٦٣/١٠.

(٦) ومذهب جمهور الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة على أنّه يلزمه.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٣/٢، وأشباه ابن نجيم ص ٣١٠-٣١١، وأحكام ابن العربي ١٩٠/٤، وتفسير القرطبي ١٠٠/٣، و٢٣٥/١٧، وعقد الجواهر ٥٥٠/٢، ومختصر المزني ٢٧٦-٢٧٧، والمهذّب ٢٢/٣، والمجموع ٢٦٣/٨، و٥٦/١١،

=

٨-أنّ السَّكْرَان إذا قذف إنساناً لا يُحَدّ حدّ القذف؛ لأنّه تصرّف قوليّ وهو موضوعٌ عنه(١).

٩-أنّ السَّكْرَان إذا تكلّم بكلمةٍ لازِمُهَا الرِّدّةُ والخروج عن الدِّين؛ فإنّه لا يكفر، ولا يُحْكَم عليه بأنّه خرج عن الدِّين؛ لأنّه تصرّفٌ قوليٌّ موضوعٌ عنه؛ ولأنّه يتعلّق بالاعتقاد والقصد، والسَّكْرَان لا يصحّ عَقْدُهُ ولا قصده فأشبه المعتوه، ولأنّه زائل العقل فلم تعتبر رِدَّتُهُ كالنّائم(٢).

١٠-وإنْ أسلم حال سُكْرِهِ فلا يصحّ إسلامه؛ ثم يُسْأَلُ بعد صحوه؛ فإنْ ثبت على إسلامه فهو مسلمٌ من حين أسلم(٣).

١١-أنّ إقرار السَّكْرَان لا يصحّ؛ لأنّه زائل العقل وذهبت منفعة عقله، وهو كالمجنون، ويدلّ على ذلك قصّة ماعز ﷺ السّابقة، وكذا لا تصحّ وصيّته(٤).

=

والمغني ٥٦/١١، والإنصاف ١٨٣/٩، والمحلّى ٣٠٨/٦.

(١) والمذهب عند الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة أنّه يُحدّ؛ لأنّ عقله زال بسبب هو معصيةٌ، فَيُنَزَّل مَنْزلة صاحٍ عقوبةً عليه وزجراً له، ولأنّ أحكام التّكليف المتعلّقة بالتّغليظ جاريةٌ عليه.
انظر: بدائع الصّنائع ١٥٩/٣، والمعونة ٨٤٠/٢، وبداية المجتهد ١٥٦/٣، وشرح مسلم ٢٠٠/١١، وأشباه السّيوطي ص ٣٨٣-٣٨٥، والمغني ٤٨٢/١١، والإنصاف ٤٣٢/٨-٤٣٩.

(٢) وقد قيل: بوقوع ردّة السَّكْرَان، وهو قولٌ للشّافعية والحنابلة.
انظر: بدائع الصّنائع ١٥٩/٣، و٥١٤/٥، و١١٧/٦، والذّخيرة ٢٩/١٢-٣٠، وتفسير القرطبي ١٩٦/٥، والمهذّب ٤١٠/٣، وقواطع الأدلّة ٢١٣/١، والمجموع ٤٤/٢١، والمغني ٢٩٥/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٩٤/٦، والمحلّى ٢١٦/١٠.

(٣) انظر: المغني ٢٩٦/١٢، وأعلام الموقّعين ص٩٠٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٩٤/٦.

(٤) وإذا صَحَا السَّكْرَان ودام على إقراره أُخِذَ به.

=

١٢-إذا سَلَّمَ السَّكْرَانُ لا يَجب الرّدّ عليه؛ لأنّ عبارته ساقطةٌ في العبادات[١].

١٣-أنّ الطّهارة تلزم السَّكْرَان؛ فلو صلّى بدون الطّهارة؛ فإنّ صلاته لا تعتدّ بها ولا تبرأ ذمّته بها[٢].

١٤-أنّ ذبيحة السَّكْرَان لا تحلّ؛ لأنّ السَّكْرَان لا يعقل، والقصد إلى التّسمية عند الذّبح شرطٌ، ولا يتحقّق القصد الصّحيح مِمَّن لا يعقل؛ فأشبه مَنْ كان في يده سكّينٌ وهو نائمٌ فمرّت على حلقوم الشّاة فذبحها؛ فإنّها لا تحلّ[٣].

١٥-أنّ السَّكْرَان إذا جامع أهله يجب عليه الغُسل بمجاوزة ختانٍ لختانٍ، وينبغي أن يكون مراجعةً لامرأته المطلّقة طلاقاً رجعياً[٤].

=

وفرّق الحنفية بين إقراره في حقوق الله تعالى؛ كالحدود، وإقراره في حقوق العباد؛ كالمال من العين والدَّين والنّسب والقصاص والطّلاق والعتاق ونحوها؛ فلا يصحّ إقراره بالحدود؛ لأنّ مبنّاها على صريح البيان، وأمّا القصاص فيصحّ إقراره فيه؛ لأنّه غير مَبْنِيٍّ على صريح البيان، ولأنّ حقوق العباد تثبت مع الشّبهات، بخلاف حقوق الله تعالى.

والصّحيح في مذهب الشّافعية صحّة إقراره، ويلزمه ما أقرّ به حال سُكْرِه.

انظر: بدائع الصّنائع ٥١٤/٥، و١١٧/٦، و٢٥٧/٦، وأشباه ابن نجيم ص ١٢٨، والبيان والتّحصيل ٢٥٧/٤-٢٦٠، والمهذّب ٧٣٢/٣-٧٣٣، وشرح مسلم ٢٠٠/١١، وفتح الباري ١٢٩/١٢، وتكملة المجموع ١٩٢/٢٠، و١٥٤/٢٣، والمغني ٢٦٣/٧، و٥١٠/٨، و٣٥٨/١٢-٣٥٩، ونظام القضاء لزيدان ص ١٣٧.

(١) ذكره النّووي في المجموع ٣٢٦/٤، وقال: إنّه الأصحّ، وذكر قولاً بوجوب الرّدّ.

(٢) انظر: القوانين الفقهية ص ١٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٤/٤، بداية المجتهد ٤٧٩/٢، والمهذّب ٨٠٠/١، والمجموع ٥٤/٩، وشرح منتهى الإرادات ٣٣٣/٦.

(٤) انظر: المهذّب ٥٣٢/٣، والمحلّى ١٨٧/٣.

١٦-أنّ السَّكْرَان إذا قتل نفساً أو زنى أو سرق يجب عليه القصاص والحدّ؛ لأنّ ما جنته جوارحه لازمةٌ له، وكذلك يلزمه الضّمان في قتل صيد الحرم[1].

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/١٥٩، والاستذكار ٧/١٧٠، والذّخيرة ١٢/٢٥٨، والقوانين الفقهية ص ٢٢٦، والمهذّب ٣/٢٨١، و٥٣٢، و٥٥٧، وقواطع الأدلّة ١/٢١٣، والمجموع ٢٠/١٩٢، و٢٢/١٠٩، والمغنِي ١١/٤٨٢، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٥.

المبحث السّادس: القاعدة السّابعة والخمسون [٥٧]

[الكَفَّارَةُ رَافِعَةٌ للحِنْثِ إذا وَقَعَ، أو مَانِعَةٌ لَهُ]

ذكرها ابن رشد ضمن أسباب الخلاف في مسألة رفـع الكفـارة الحنث من طريق المعنَى؛ حيث قال: «كان سبب الخلاف من طريق المعنى هو: **آلكفّارة رافعةٌ للحنث إذا وقع، أم مانعةٌ له؟** فَمَن قال: مانعةٌ أجاز تقديمها على الحنث[(١)]، ومَنْ قال: رافعةٌ لم يجزها إلاّ بعد وقوعه[(٢)]»[(٣)].

توثيقها:

---

(١) وهو المذهب عند المالكية والحنابلة والظّاهرية وقول الشّافعية إذا كان التّكفير بغير الصّيام، أمّا بالصّيام فلا يجزئ إلاّ بعد الحنث.
انظر: التّمهيد ٢٣٣/١٠-٢٣٦، والاستذكار ١٩٥/٤-١٩٨، والمنتقى ٤٥٩/٤، وأحكام ابن العربي ١٥٥/٢-١٥٦، وتفسير القرطبي ٢٥٧/٦، والذّخيرة ٣٧٨/٧، ومختصر المزني ص ٣٩٠، و٣٩٢، وشرح مسلم ١١٢/١١، ومعالم السّنن ٥٨٥/٣، والمهذّب ١٩٢/٣-١٩٤، وتكملة المجموع ٢٧٠/١٩-٢٧١، والمنثور ٢٣٩/١-٢٤٠، و٤٣٣/٢، وأشباه السّيوطيّ ص ٦٣٤، ومختصر الخرقي مع المغني ٤٨١/١٣-٤٨٣، والمحلّى ٣٢٩/٦.

(٢) لأنّ الكَفّارة إنّما هي لرفع الإثم، وما لم يحنث لم يكن هنالك ما يرفع؛ فلا معنى لفعلها؛ لأنّ الكفّارة لا ترفع المستقبل، وإنّما ترفع الماضي من الإثم. وهو مذهب الحنفية ورواية أشهب عن الإمام مالك.
انظر: مختصر القدوري ص ٢١٠، وبدائع الصّنائع ٣٤/٣-٣٥، والهداية ٧٥/٢، وبدائع الصّنائع ٣٤/٣-٣٥، والتّمهيد ٢٣٣/١٠-٢٣٦، والاستذكار ١٩٥/٤-١٩٨، والمنتقى ٤٥٩/٤، وأحكام ابن العربي ١٥٥/٢-١٥٦، وتفسير القرطبي ٢٥٧/٦، والذّخيرة ٣٧٨/٧.

(٣) بداية المجتهد ٤٠٩/٢.

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها[١]:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «اليمين مانعةٌ من الحنث لكون الحنث خلفاً في الوعد ونقضاً للعهد...، ولكونه استخفافاً باسم الله تعالى من حيث الصّورة، وكلّ ذلك مانعٌ من الحنث فكانت اليمين مانعةً من الحنث؛ فكانت مانعةً من الوجوب؛ إذ الوجوب شرط الحنث بلا خلاف بيننا؛ فكيف يكون سبباً للوجوب؟ ولهذا لم يجز تعجيل التّكفير بالصّوم كذا بالمال»[٢].

ما جاء في المنتقى: «الكفّارةُ تَحلّ اليمينَ كما يَحلُّها الاستثناء»[٣].

ما جاء في أحكام القرآن: «إذا انعقدت اليمينُ حَلّتها الكفّارةُ أو الاستثناءُ، وكلاهما رخصةٌ من الله سبحانه»[٤]. يقال: حلّت اليمين أي: برّت، ويقال: حلّتها الكفّارة أي: حلَّلْتها وأحللتها وقد كانت حراماً[٥].

وفيه أيضاً: «الكفّارة إنّما هي لرفع الإثم، وما لم يحنث لم يكن هنالك ما يرفع؛ فلا معنَى لفعلها؛ لأنّ الكفّارة لا ترفع المستقبل، وإنّما ترفع الماضي من الإثم»[٦].

شرح مفردات القاعدة:

الكفّارة: لغةً من الكفر وهو السّتر، من كَفَّر الله عنه الذّنْبَ أي: مَحَاهُ، وسُمِّيت كفّارةً؛ لأنّها تُكَفِّرُ الذَّنْبَ أي: تغطّيه وتستره، وكفَّر عن يمينه

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ١/١٧٨، وفتح الباري ١١/٥٣٠.
(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٣/٣٥.
(٣) المنتقى للباجي ٤/٤٥٩، و٤٦٠.
(٤) أحكام ابن العربيّ ٢/١٥٣، وانظر: تفسير القرطبيّ ٦/٢٤٨، و٢٥٥.
(٥) انظر: النّهاية ١/٤٢٨-٤٣٣، ومختار الصّحاح ص ١٥٠-١٥٢، والمصباح المنير ص ٥٧.
(٦) أحكام ابن العربيّ ٢/١٥٦، وانظر: تفسير القرطبيّ ٦/٢٥٧.

إذا فعل مَا يَجب بالْحنْث، والاسم: الكَفارةُ، وهي ما يُغَطِّي الإثم(١).

وفي عرف الفقهاء هي: تصرُّفٌ مَخصوصٌ؛ كالإعتاق والصّيام والإطعام، أوجب الشّرعُ لِمحو ذَنْب مَخصوص؛ كالحنث باليمين ونحوه(٢).

رافعة: أي: من الرّفع وهو ضدّ الوضع، رفعه فارتفع أي: أزاله(٣).

الحنث: لفظ مشترك بين الإثم والذّنْب وبين مخالفة ما حلف عليه من نفيٍ أو إثبات، من حنث في يمينه يَحنَث حنْثاً إذا لم يَـفِ بموجبـها، ويقال: بلَغ الصّبيُّ الحنث؛ أي: زماناً يُكْتَبُ عليه الإثم(٤).

وفي عرف الفقهاء هو: نقض اليمين والنُّكث فيها، بأن يفعل ما حلـف على تركه، أو بترك ما حلف على فعله، مُختاراً ذاكراً(٥).

مانعة: حاجزة وحاجبة(٦).

الكفّارة مشروعةٌ باتّفاق الفقهاء، وهي واجبةٌ جبراً لبعض الذّنوب والمخالفات الشّرعية، والأصل في ذلك الكتاب والسّنة والإجماع.

أمّا الكتاب فقوله -تعالى- في كفّارة القتل: ﴿**وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ**

---

(١) انظر: المفردات ص ٤٣٧، ومختار الصّحاح ص ٥٧٤، والمصباح المنير ص ٢٠٤، وفتح الباري ٦٠٢/١١.

(٢) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٣٥٠.

(٣) انظر: مختار الصّحاح ص ٢٥٠، والمصباح المنير ص ٨٩.

(٤) انظر: مختار الصّحاح ص ١٥٨، والمصباح المنير ص ٥٩، والذّخيرة ٢٥/٤، والقوانين الفقهية ص ١٠٨.

(٥) انظر: زاد المستقنع ص ١٥٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٦٦

(٦) انظر: مختار الصّحاح ص ٦٣٦، والمصباح المنير ص٢٢٢.

رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾[١].

وقوله -تعالى- في كفّارة اليمين: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَٱحْفَظُوٓا۟ أَيْمَٰنَكُمْ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾[٢].

وقوله -تعالى- في كفّارة الظّهار: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾[٣].

وأمّا السّنة فأكثر من حديث، منه قوله ﷺ : «... وإذا حلفتَ على يَمينٍ فرَأَيْتَ غَيْرَهَا خيراً منها؛ فَكَفِّرْ عَن يَمِينِكَ وائْتِ الذي هو خيرٌ»[٤].

وأجمع المسلمون من عصر الرّسول ﷺ إلى يومنا هذا على مشروعيتها[٥].

---

(١) سورة النّساء، الآية: ٩٢.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

(٣) سورة المجادلة، الآيتان: ٣-٤.

(٤) من حديث عبد الرّحمن بن سمرة، تقدّم تخريجه في القاعدة [٨]، عند مناسبتها.

(٥) انظر: الإجماع ص ٦٦-٦٧، وفتح الباري ١١/٦٠٢.

أسباب وجوب الكفّارة:

١-الجماع في نهار رمضان؛ فإنّه لا خلاف بين الفقهاء في وجوب الكفّارة على مَنْ جامع في الفرج في نهار رمضان عامداً بغير عذرٍ، أنْزل أم لم يَنْزل، وكفّارته: عتق رقبةٍ مؤمنةٍ سليمةٍ من العيوب، فإنْ عجز عنها فصوم شهرين متتابعين، فإنْ عجز فإطعام ستّين مسكيناً؛ كلّ مسكينٍ مدٌّ من طعامٍ[١].

٢-مخالفات الإحرام ومحظوراته[٢]؛ وذلك أنّ قاصد الحجّ قد يتعرّض لما يمنعه من إتمامه أو الإتيان به على الوجه الأكمل لعذرٍ؛ كمرضٍ أو فوات وقتٍ، أو تجاوز ميقات أو غير ذلك، ولجبر ذلك شرعت الكفّارة وهي أنواع منها:

- فدْية الأذى وهي ما يجب بسبب نُسْك أو بسبب حرم؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾[٣].
- جزاء الصّيد؛ لقوله -تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا﴾[٤].
- فدية الإحصار؛ لقوله -تعالى-: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾[٥].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ١٧٨/٢، وأحكام ابن العربيّ ١٩٤/٤، وشرح مسلم ٢٢٤/٧-٢٢٦، وفتح الباري ١٩١/٤، و١١/٦٠٣.

(٢) انظر: المهذّب ٦٩٠/١، وأوضح المسالك إلى أحكام المناسك ص١٠٨ فما بعدها.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٦.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٩٦.

- فدية الوطء، وتجب في حجٍّ قبل التّحلّل الأوّل بدَنَةٌ[١].

٣-الحنث في اليمين؛ فإنّه قد أجمع الفقهاء على أنّ مَنْ قال: والله أو بالله أو تالله؛ فحنث أنّ عليه الكفّارة؛ لقوله -تعالى-: ﴿فَكَفَّارَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[٢].

٤-الظّهار؛ فإنّه لا خلاف بين الفقهاء أنّ المسلم إذا قال لامرأته: أنْتِ عليَّ كظهر أمّي يكون مظاهراً منها، ويلزمه للعود إليها كفّارة الظّهار؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾[٣].

٥-القتل؛ فإنّه لا خلاف بينه الفقهاء في وجوب الكفّارة في القتل شبه العمد والخطأ، لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[٤].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

فهذه قاعدةٌ جليلةٌ شريفةٌ تبيِّن فاعليّة الكفّارة أو مفعوليّتها ونــوع تأثيرها، هل هي مانعة من وقوع الحنث والإثم رأساً، أم أنّ الإثم حاصــلٌ بمجرّد اليمين ونحوها وإنّما الكفّارة تَحِل هذا الإثم وترفعه؟ فعلى القــول

(١) انظر: المهذّب ١/٦٩٠.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٨٩.
وانظر: الإجماع ص ٦٦، وأحكام ابن العربيّ ٢/١٥٢-١٥٣، وتفسير القرطبيّ ٦/٢٤٧.

(٣) سورة المجادلة، الآية: ٣.
وانظر: الإجماع ص ٤٧، وأحكام ابن العربي ٤/١٩٣، وتفسير القرطبيّ ٥/٢٩٩، و١٧/٢٣٢ فما بعدها.

(٤) سورة النّساء، الآية: ٩٢. وانظر: الإجماع ص ٧٢، أحكام ابن العربيّ ١/٥٩٩، و٤/١٩١-١٩٣، وتفسير القرطبيّ ٥/٢٩٩، وفتح الباري ١١/٦٠٧.

بأنّها مانعةٌ يجزئ تقديم الكفّارة على الحنث، وعلى القول بأنّها رافعةٌ لا يجزئ؛ لأنّها لا ترفع المستقبل وإنّما ترفع الماضي(١).

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لم تتّفق المذاهب الفقهية على هذه القاعدة، بل اختلفوا فيها على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّ الكفّارة مانعةٌ من وقوع الحنث، وبالتّالي يُجزئ تقديمها على الحنث بعد وجود سببه الذي هو اليمين. به قال الشّافعية والحنابلة ومذهب المالكية والظّاهرية(٢).

المذهب الثّانِي: أنّ الكفّارة رافعةٌ للحنث بعد وقوعه، وبالتّالِي لا يُجزئ تقديمها على الحنث، بل لا بدّ من تأخير إيقاعها لما بعد وجوده. به قال الحنفية وهو رواية عند المالكية(٣).

الأدلّة:

استدلّ أصحاب القول الأوّل القائلون بأنّها مانعةٌ من وقوع الحنث، وأنّه يجزئ تقدّمها على الحنث بما يلي:

---

(١) انظر: أحكام ابن العربي ٢/١٥٢-١٥٣، و١٥٦، وبداية المجتهد ٢/٤٠٩، وتفسير القرطبي ٦/٢٤٨،و٢٥٧.

(٢) انظر: أحكام ابن العربي ٢/١٥٥-١٥٦، وقواعد المقري ص ٥٠٣، وتطبيقات القواعد ص ١٣٩-١٤١، وفتح الباري ١١/٦١٧-٦١٨، وزاد المستقنع ص ١٥٨، والمحلّى ٦/٣٣١.

(٣) رواها أشهب. انظر: مختصر القدوري ص ٢١٠، وبدائع الصّنائع ٣/٣٤-٣٥، والهداية ٢/٧٥، والمنتقى ٤/٤٥٩، وأحكام ابن العربي ٢/١٥٥-١٥٦، والذّخيرة ٤/٦٦، وقواعد المقرّي ص ٥٠٣، ق (٢٦٣)، وفتح الباري ١١/٦١٧-٦١٨.

١- قوله -تعالى-: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[1].

وجه الاستدلال من الآية الكريمة؛ حيث نصّت على تقديم الكفّارة قبل الحنث، ولا يحلّ له أن يطأ حتّى يكفّر؛ فدلّ على كون الكفّارة رافعةً لِما يستقبل لا يمنع من تقديمها على الحنث[2].

٢- قول النّبيّ ﷺ: «... وإذا حلفتَ على يَمين فرأيتَ غَيْرَهَا خيراً منها؛ فَكَفِّرْ عَن يَمينكَ وائْتِ الذي هو خيرٌ»[3].

٣- وفي لفظٍ: «فَكَفِّرْ عن يَمينك ثُمَّ ائْتِ الذي هو خيرٌ»[4].

وجه الاستدلال منه حيث دلّ بالتّصريح على جواز تقديم الكفّارة على الحنث، بعد وجود اليمين، مما يعني أنّها منعت وقوع الحنث[5].

٤- اليمين سببُ الكفّارة بدليل قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾[6]؛ حيث أضاف الكفّارة إلى اليمين، ويؤيّد ذلك أنّ الحنث قد يكون من غير فعله؛ كقوله: والله لا جاء فلانٌ غداً من سفره، ولا طلعت الشّمس غداً[7].

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٢) انظر: أحكام ابن العربيّ ١٩٣/٤، و١٩٧، وتفسير القرطبي ٢٣٦/١٧، و٢٤٠.

(٣) من حديث عبد الرّحمن بن سمرة، تقدّم تخريجه في القاعدة [٨] عند مناسبتها.

(٤) عند أبي داود في سننه ٥٨٥/٣، وتقدّم تخريجه في القاعدة [٨] عند مناسبتها.

(٥) انظر: معالم السّنن ٥٨٥/٣، والتّمهيد ٢٣٣/١٠، وأحكام ابن العربيّ ١٥٥/٢-١٥٦، والذّخيرة ١٦٦/٤-١٦٧، وشرح مسلم ١١٢/١١، وفتح الباري ٦١٨/١١.

(٦) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

(٧) انظر: أحكام ابن العربي ١٥٦/٢.

٥- ولأنّ عقد اليمين يَحلّه الاستثناء وهو كلامٌ؛ فلأنْ تَحلّه الكفّارة وهو فعلٌ ماليٌّ أو بدنيٌّ أولى[(١)].

واستدلّ أصحاب القول الثّاني القائلون بأنّ الكفّارة رافعةٌ للحنث بعد الوقوع، وأنّه لا يجزئ تقدّمها على الحنث بما يلي:

١- قول النّبيّ ﷺ : «...وإذا حلفتَ على يَمينٍ فرأيتَ غيرها خَيْراً منها فأتِ الذي هو خَيرٌ وكفِّر يَمينَك»[(٢)].

وجه الاستدلال به؛ حيث ذكر اليمين، ثم الحنث بالفاء، ثم الكفّارة؛ فيفهم منه التّرتيب، وأنّه لا يجوز تقديم الحقّ قبل وقته[(٣)].

٢- ولأنّ الكفّارة إنّما هي لرفع الإثم، وما لم يحنث لم يكن هنالك ما يرفع؛ لأنّها لا ترفع المستقبل وإنّما ترفع الماضي من الإثم[(٤)].

والذي يظهر لِي في هذه المسألة أنّ الخلاف فيها خلافٌ لَفظِيٌّ، فعلى القول بأنّ الكفّارة مانعةٌ للحنث وحاجزةٌ له من أن يقع؛ فيعنِي ذلك: أنّها مَنَعَت وقوع الإثم؛ لأنّ الإثم لا يلزم إلاّ بعد الحنث.

وعلى القول بأنّها رافعةٌ للحنث بعد وقوعه؛ فيعني: أنّها مَحت الإثم اللاحق بالحالف على معنَاها اللّغويّ، وعلى كلا القولين يجزئ تقدّمها على الحنث؛ إذ ذلك يُتصوَّر.

---

(١) انظر: فتح الباري ٦١٧/١١.

(٢) من حديث عبد الرحمن بن سمرة المتقدّم تخريجه في القاعدة [٨] عند مناسبتها.

(٣) انظر: التّمهيد ٢٣٤/١٠، وأحكام ابن العربي ١٥٥/٢-١٥٦، وشرح مسلم ١١٢/١١.

(٤) انظر: أحكام ابن العربي ١٥٦/٢.

خصوصاً وردت أدلّةٌ قويّةٌ وصريحةٌ في ذلك.

ولأنّ في هذا القول جمعاً بين النّصوص وإعمالاً لجميعها، والجمع أولى من التّرجيح إذا أمكن الجمع. والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لهذه القاعدة بأدلّة المذهبَين السّابق ذكرها.

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّ مَنْ عَجَّل هدي الفساد في الحجّ قبل القضاء؛ فإنّه يُجْزِئه[١].

٢-أنّ كفّارة القتل شبه العمد والخطأ يجزئ تقديمها بعد الجراح على زهوق الرّوح[٢].

٣-أنّ كفّارة اليمين يجزئ تقديمها على الحنث بعد وجود السّبب وهو اليمين[٣].

---

(١) انظر: المنتقى ٦/٤.

(٢) انظر: الفروق ١٩٨/١، وحاشية الدّسوقيّ ٢٤٠/٤، وتطبيقات القواعد ص ١٤٣، وفتح الباري ٦١٧/١١.

(٣) تقدّم الكلام على هذه المسألة عند ذكر مناسبة القاعدة بما تغني عن الإعادة. وانظر: الفروق ١٩٧/١، وتطبيقات القواعد ص ١٤١.

المبحث السّابع: الضّابط الثّامن والخمسون [٥٨]

[الأصلُ في الجِراحِ الحُكُومَةُ إلاّ ما وَقّتَتْ فيه السُّنّةُ حَدّاً]

ذكر هذا الضّابط في كتاب الدّيات فيما دون النّفْس، الْمَسألة الثّانية من مسائل الشِّجَاج[1]؛ حيث قال: ((فأمّا أحكامها، أعني: الواجب فيها،

---

(١) الأشياء التي تَجب فيها الدِّيةُ فيما دون النّفْسِ هي: شِجاجٌ وأعضاء، وهما مَحَلُّ الْحكم، أيَ: الوجوب.
وأمّا الشِّجاجُ فهي جمع شَجَّة، فَعْلَةٌ من الشَّجِّ، وهو كَسرُ الرّأس.
والشِّجَاج عشرة في اللغة والفِقه، خَمْسٌ منها غير مُقدَّر شرعا، ففيها حُكُومَةٌ، وهي:

خاصّان بالجلد	١- الْحَارِصَةُ، التي تَشُقُّ الْجلدَ وتَحْرِصُهُ، أي: تَخْدُشُهُ، ولَا يُخْرِجُ الدَّمَ، منْ حَدِّ ضَرَبَ. ٢- الدّامِيَةُ والدّامِعَةُ: التي تَخْدُشُ الْجِلْدَ، وتُدْمِيه، وتُخرِجُ الدَّمَ؛ كالدّمع في العين، وزنه: صَنَعَ.
هذه الأربعة خاصّةٌ باللّحم لا تتعدّاه	٣- الباضعة، التي تَبْضَعُ الْجلْدَ، أي: تَقطعُهُ، وتصلُ إلى اللّحم، وتَشُقُّه شقّاً خفيفاً، وزنه: صَنَعَ. ٤- الْمُتَلاحِمَة، التي تَقطَعُ الْجلْدَ، وتؤثّر في اللّحم، أو تأخذ في اللّحم. ٥- السِّمْحَاقُ، التي تقطَعُ الْجلدَ واللّحمَ، وتَبْلُغُ السِّمْحَاقَ، وهو الغشاء الرّقيق بين اللّحم وعظم الرّأس، ويُقال لها: الْملطاء، والْملطا. • (ففي كلّ واحد من هذه الْخَمس حُكُومَةٌ؛ لأنّه لا توقيفَ فيها من الشّرع، ولا قياسَ يقتضيه. وخَمْسٌ أخرى منها مُقَدَّرةٌ الدِّيَةُ فيها شرعاً، وهي): ٦- الْمُوضِحَةُ، التي تَقطَع السِّمحاقَ، وتُوضِحُ العظمَ، وتكشفه، وتبينُهُ، وفيها نُصْفُ عُشْرِ الدِّية.
خاصّان بالعظام	٧- الْهاشِمَةُ، التي تَهْشِمُ العظمَ، أي: تُبْرِزُهُ وتكسرُهُ، على وزن: ضَرَبَ، وفيها عَشرةُ أَبْعِرَة. ٨- الْمُنَقِّلَةُ، التي تُوضِحُ العَظْمَ، وتَهْشِمُهُ، وتَنْقُلُ، وتُحَوِّلُهُ من موضعٍ إلى موضعٍ، وفيها خَمسةَ عَشَرَ بعيراً.
خاصّ بالرّأس	٩- الْمأمومة، التي تصل أمَّ الدِّماغ، وعبّر عنها الحنفية بالآمّة، وهي بِمعنًى واحدٍ، وفيها ثلث الدِّية.
جوف	١٠- الْجائفة، التي تصل إلى الْجَوفِ من صدرٍ، ظهرٍ، بَطنٍ ونحوه، وفيها ثلث دِيَةٍ.

=

فاتّفق العلماء على أنّ العقل[1] واقعٌ في عَمْدِ الْمُوضِحَةِ، وما دون الْمُوضِحَة خطأٌ[2].

واتّفقوا على أنّه ليس فيما دون الْمُوضِحَةِ خطأً عَقْلٌ، وإنّما فيها حُكُومَةٌ[3].

=

وأسماء هذه الشِّجاجِ مُخْتَصَّةٌ بما وقع بالوجه والرّأس دون سائر البدن، واسم الْجَرح يَختصّ بما وقع في البَدن، فبينهما عمومٌ وخصوصٌ؛ فكلّ شَجَّةٍ جَرْحٌ، وليس كلّ جَرحٍ شَجَّةً.

انظر: مختصر القدوري ص ١٨٨، وبدائع الصّنائع ٣٦٩/٦، والهداية ١٨٢/٤-١٨٣، ورسالة القيرواني ص ٢٣٧، والتّمهيد ٢٠٦/١٤-٢٠٨، والاستذكار ٩٦/٧-٩٩-١٠٣، والمقدّمات ٣٢١/٣-٣٢٣، والمنتقى ٤٥/٩-٥٠، وبداية المجتهد ٣٤١/٤، وإجماع ابن المنذر ص ٧٢، ف (٦٧١-٦٧٧)، ومنتهى الإرادات ٢٧٣/٢-٢٧٤، وشرح منتهى الإرادات ١٣٣/٦-١٣٤، والمهذّب ٣٤٩/٣، و٣٥٢، وقواعد الأحكام ١٨٥/١، وروضة الطّالبين ١٧٩/٩-١٨١، و٢٦٣، و٢٦٥، والمغني ١٥٨/١٢-١٦٨، و١٧٥-١٨٢، والمقنع ٥/٢٦-٣٥، ومنتهى الإرادات ٢٥٥/٢، و٢٧٣-٢٧٥، وشرح منتهى الإرادات ٦٩/٦، و١٣٣-١٣٩، ومراتب الإجماع ص ١٤١-١٤٢، وطلبة الطّلبة ص ٣٢٩-٣٣٠، وأنيس الفقهاء ص ١٠٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٤٠-١٤١، و٢٢٩.

(١) العَقْلُ، أي: الدِّية. انظر: طلبة الطّلبة ص ١٦٥، و٢٤٩، وأنيس الفقهاء ص ١١٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٨٧.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٨٨، بدائع الصّنائع ٣٧٠/٦، و٣٨٨-٣٨٩، والهداية ١٨٢/٤، والتّمهيد ٢٠٦/١٤-٢٠٨، والاستذكار ٩٦/٧-١٠٣-١٠٥، والمنتقى ٤٥/٩-٥٠-٥٣، والمقدّمات ٣٢٢/٣-٣٢٣، و٣٢٥، و٣٢٨، ومختصر المزني ٣٢٦، واللّباب ص ٣٥٧، والمهذّب ٢٩٤/٣، و٣٤٩-٣٥٥، وروضة الطّالبين ١٧٩/٩-١٨١، و٢٦٣-٢٦٦، والمغني ١٥٨/١٢-١٦١، ومنتهى الإرادات ٢٥٥/٢، و٢٧٣-٢٧٥، ومراتب الإجماع ص ١٤٢.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

وقال بعضهم: ليس فيما دون الموضحة عقلٌ إلاّ أجر الطّبيب[1].

ورُوِيَ عن عمر وعثمان -رضي الله عنهما- أنّهما قضيا في السِّمحاق بنصف دية الْمُوضِحَة[2].

ورُوِيَ عن عليٍّ ﷺ أنّه قضى فيها بأربعٍ من الإبل[3].

ورُوِيَ عن زيد بن ثابت ﷺ أنّه قال: في الدَّامية بعيرٌ، وفي الباضعة بعيران، وفي الْمتلاحِمة ثلاثةُ أبعرَةٍ، وفي السِّمحاق أربعة[4].

والْجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا، وذلك أنّ **الأَصْلَ في**

(١) أورده الْحافظ ابن عبد البرّ أثراً بسنده عن معاذ وعمر رضي الله عنهما، في الاستذكار ٧/١٠٠، ثم قال: «وكذا قال مَسْرُوقٌ والشَّعْبيّ رحمهما الله، وبه كتب عُمَر بن عبد العزيز: ليس فيما دون الْمُوضِحَة عَقْلٌ، إلاّ أَجْرُ الطّبيب».
القول بأنّه ليس فيما دون الموضحة عقل إلاّ أجر الطّبيب، أخرجه أيضاً ابن أبي شيبة ٣٥٢/٥، عن عمر، ومعاذ رضي الله عنهما، وعمر بن عبد العزيز، ومسروق، وإبراهيم النّخعيّ، وعامر.

(٢) أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه ٣١٣/٩، وابن أبي شيبة في مصنّفه ٣٥٢/٣، برقم: (٢٦٨١٤)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٨٣/٨، برقم: (١٥٩٩٢)، وانظر: بدائع الصّنائع ٣٨٩/٦، والشّرح الكبير ٧/٢٦، والسّيل الجرار ٤٣٩/٤.

(٣) أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه ٣١٢/٩-٣١٣، برقم: (١٧٣٤٠).وانظر: الاستذكار ١٠١/٧.

(٤) أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه ٣٠٧/٩، برقم: (١٧٣٢١)، و٣١٢-٣١٣، برقم: (١٧٣٤٢)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٨٤/٨، وانظر: نصب الرّاية ٣٧٥/٤.
والآثار الثّلاثة ونَحوها مَحمولةٌ عند جماهير فقهاء الأمصار على أنّ ذلك كان منهم على وجه الْحُكُومة لا على التّوقيت.
وانظر: بدائع الصّنائع ٣٨٩/٦، والتّمهيد ٢٠٧/١٤-٢٠٨، والاستذكار ١٠٠/٧-١٠١، والمنتقى ٥١/٩، والمقدّمات ٣٢٣/٣، والشّرح الكبير ٧/٢٦.

الْجِرَاحِ الْحُكُومَةُ، إلاّ مَا وَقَّتَتْ فيه السُّنَّةُ حَدّاً»[١].

توثيقه:

هذا الضّابط ورد ذكرُهُ أو مفادُهُ في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في المختصر: «والشِّجاج عشرة: الحارصة والدّامعة والدّامية والباضعة والمتلاحمة والسّمحاق والموضحة والهاشمة والمُنَقِّلَة، ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً، ولا قصاص في بقية الشّجاج، وفي ما دون الموضحة ففيه حُكُومةُ عدل»[٢].

ما جاء في الْموطّأ: «قال مالكٌ: الأمرُ عندنا أنّه ليس فيما دون الْمُوضِحة مِنَ الشِّجاج عَقْلٌ؛ حتّى تبلغ الْموضِحةَ، وإنّما العقلُ في الْموضِحة فَمَا فوقها...، ولَم تَقضِ الأئمةُ في القديم ولا في الحديث فيما دون الْموضِحَة بعقلٍ»[٣].

---

(١) بداية المجتهد ٤/٣٤١-٣٤٢.

(٢) مختصر القدوري ص ١٨٨، وانظر: بدائع الصّنائع ٦/٣٨٩، والهداية ٤/١٨٢.

(٣) الموطّأ للإمام مالك ٢/٨٥٩، وانظر: الاستذكار ٧/١٠٠-١٠٢.

قال الحافظ ابن عبدً البرّ في الاستذكار ٧/٩٩-١٠٠، مُعَلِّقاً على الْجزء الأوّل منه: «قوله: ليس فيما دون الْمُوضحة عَقْلٌ مُسَمًّى، وإنّما فيه حُكُومَةٌ، يَجتهد فيها الْحاكمُ...، وهو قول أكثر العلماء»، يريد: ليس فيه شيءٌ مُقَدَّرٌ؛ كعقل الْمُوضحَة، سواء في الرّأس أو في سائر الْجسد.

انظر: الموطأ ٢/٨٥٩، والمقدّمات ٣/٣٢٣، والمنتقى ٩/٤٩.

ثم قال في الْمرجع نفسه ٧/١٠٠-١٠١، مُعَلِّقاً على الْجزء الثّاني، بعد أن أورد أثر عمر وعثمان في قضائهما في الْملطاة وهي السّمحاق بنصف دية الْمُوضحَة: «ولا وجه لقوله -مالك- هذا، إلاّ أن يُحْمَلَ قضاءُ عمر وعثمان في الْملطاة على وجه الْحُكُومَة والاجتهاد والصُّلح، لا على التّوقيت كما قالوا في قضاء زيد بن ثابت في العين القائمة»، وانظر: المنتقى ٩/٥١، والمقدّمات ٣/٣٢٣.

ما جاء في التّمهيد: ((قال الشّافعي: كلّ جَرحٍ عند الوجه والرّأس ففيه حُكُومَةٌ، إلاّ الْجائفةُ ففيها ثلث النّفس))[١].

ما جاء في المقدّمات: ((ما لم يكن فيه عن النّبيّ ﷺ شيءٌ مُسَمًّى فلا شيءَ فيه إلاّ أن يبرأ على عَثَلٍ[٢] فتكون فيه حُكُومَةٌ بالاجتهاد))[٣].

ما جاء في المهذّب: ((وإن لَم يُمكن معرفةُ قدرِها من الْمُوضِحَة وَجَبَتْ فيها الْحُكُومَةُ؛ لأنّ تقدير الأرش بالشّرع، ولَم يرد الشّرعُ بتقدير الأرش فيما دون الْمُوضِحَة، وتَعَذَّر معرفةُ قدرها من الْمُوضِحَة؛ فوجبت فيها الْحُكُومَةُ))[٤].

ما جاء في المختصر: ((ما لَم يَكُن فيه مِن الْجِراح توقيتٌ، ولَم يكن نظيراً لِما وقّتَتْ دِيَتُهُ؛ ففيه حُكُومَةٌ))[٥].

ما جاء في شرح منتهى الإرادات بعد ذكره للشّجاج الْخمس غير مُقَدَّرة: ((ففي كلٍّ من هذه الْخمس حُكُومَةٌ؛ لأنّه لا توقيف فيها من الشّرع، ولا قياس يقتضيه))[٦].

شرح مفردات الضّابط:

الْجِراح: واحدُ جُرْحٍ من الْجِرَاحة، يُجمع أيضاً على: جُروحٍ، وجِراحاتٍ، وهو الشّقُّ في البدن تُحدِثُهُ آلَةٌ حادَّةٌ[٧].

(١) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٤/٢٠٦، و٢٠٧، وانظر: مختصر المزني ٣٢٦.
(٢) عَثَلَتْ يدُه تَعْثُل إذا جَبَرتْ على غير استواء، انظر: لسان العرب ١١/٤٢٤.
(٣) المقدّمات لابن رشد الْجدّ ٣/٣٢٨، وانظر: عقد الجواهر ٣/١١١٢.
(٤) المهذّب للشّيرازي ٣/٣٥٢، وانظر: روضة الطّالبين ٩/٢٦٥.
(٥) مختصر الخرقي ١٢/١٧٧، وانظر: المغني ١٢/١٥٨، و١٦١، و١٧٧-١٧٨.
(٦) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦/١٣٤.
(٧) انظر: المقدّمات ٣/٣٢١، والمفردات ص ٩٧، ومختار الصّحاح ص ٩٨، والمصباح =

والْجُرْحُ عند الفقهاء إمّا أن يُطْلَقَ على ما وقع في البدن والْجسم، أو على ما وقع في الرّأس والوجه خاصّةً، ويُعرَفُ عندهم بالشِّجَاجِ، وهو عشرةٌ، خمسٌ منها مُقَدَّرٌ الدِّيَةُ فيها، والْخَمس الأخرى غير مُقَدَّرةٍ، ويجب فيها حُكُومَةٌ، وقد تقدّم ذكرها.

الْحُكُومَةُ: من الْحُكْم، وأصله: الْمنع[(١)].

وفي الاصطلاح الفقهي هي: اسمٌ للواجب فيما لَم يرد في عقوبته توقيتٌ شرعاً، وهو الفارق بين قيمة شيءٍ صحيحاً سليماً وقيمته مَجروحاً معيباً.

ويعرف بالتّحكيم، كما يقال: لو ضربه على أذنه فأفقده بعض سمعه فالواجبُ فيه حُكُومةٌ[(٢)].

السُّنَّةُ: لغةً تُطْلَقُ على معانٍ منها: الطّريقةُ والسِّيرة[(٣)].

وفي اصطلاح الفقهاء والأصوليّين: ما أُضِيفَ إلى رسول الله ﷺ من قولٍ، أو فعلٍ، أو تقريرٍ[(٤)].

والمراد به هنا: هو الذي نَصَّ النَّبِيّ ﷺ على أَرشِهِ، وبَيَّنَ قدرَ دِيَتِهِ.

=

المنير ص ٣٧.

(١) انظر: المفردات ص ١٣٣، ومختار الصّحاح ص ١٤٨، والمصباح المنير ص ٥٦.

(٢) انظر: المنتقى ٩/٥١، والمقدّمات ٣/٣٢٨، وعقد الجواهر ٣/١١١٤، والقوانين الفقهية ص ٢٣٠، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٤٤، وأنيس الفقهاء ص ١٠٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٦٣.

(٣) انظر:المفردات ص٢٥٠،وطلبة الطّلبة ص١٢٦،ومختار الصّحاح ص٣١٧، والمصباح المنير ص١١١.

(٤) انظر: مقدّم في أصول الفقه ص ١٨١، وشرح تنقيح الفصول ص ٢٢٦، ومذّكرة أصول الفقه ص ١١٣، ونثر الورود ص ٣٦٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٢٤.

الْمعنَى الإجمالي للضّابط:

حفظ الشّرعُ نفسَ الإنسان وجسمه وأعضاءه وأعراضه من هلاكه بعد الوجود، فشرع القصاص والحدود والدّيات والكفّارات مُرَتَّبةً على جنايات خاصّة، وتختلف حسب اختلاف الجنايات وأنواعها ومحلّها؛ كلّها صيانةً للدِّماء والأنفس والأعضاء والأبدان والأعراض، ومن تلك الْجنايات ما تقع على أعضاء من بدن الإنسان لا يُمكن تنفيذ القصاص فيها؛ لعدم أَمْنِ الْحيف الذي هو شرطٌ من شروط إقامة القصاص والْحدود فيما دون النّفس، وأيضاً لكون الْمثل غير مُمْكن الاستيفاء، وعدم التّجانس؛ لأنّه شرطٌ للمُمَاثلة، فلا تؤخذ مثلاً الضّرسُ إلاّ بالضّرس لا بغيره من الأسنان؛ لاختلاف منافعها؛ فإنّ بعضها قواطعُ، وبعضها طواحنُ، وبعضها ضَوَاحكُ، واختلاف الْمَنفعة بين الشّيئين يُلْحقُهما بجنسين لعدم تَصوّر مُمَاثلة عند اختلاف الْجنس؛ فتَجب فيه الدِّيةُ.

والدّياتُ عموماً تَختلف أيضاً من حيث تقديرٌ وعدمه إلى مقدَّرَة شرعاً وغير مُقَدَّرة، ومُقْتَضَى مقصود الشّرع الذي هو صيانة الإنسان كلّه أو بعضه يقتضي إيجاب شيء فيما لَم يرد فيه تقديرٌ؛ لأنّه لا يُمكن إهداره فوجب اعتباره بِحكم عدلٍ؛ تفادياً من تَحايُل الْجُناة، حتّى لا يتّخذوا ذلك ذريعةً لجناية على الإنسان، ومن هنا اتّفق جماهير فقهاء الأمصار على أنّ الأصل في الْجراح الْحكومةُ، إلاّ ما وقّتت فيه السُّنَّةُ حَدّاً، وَنَصَّ النَّبِيُّ ﷺ على أَرْشه، وبَيَّنَ قدرَ ديَته؛ فهذا خارجٌ من الضّابط، وما ليس فيه أرشٌ مُقَدَّرٌ، ولا يمكن قياسه على مُوَقَّت، فداخلٌ فيه؛ ذلك لأنّه لا يُمكن إهداره كما تقدّم[1].

---

(١) انظر:بدائع الصّنائع٦/٣٧١، و٤٠٦، والهداية٤/١٨٢، والمنتقى٩/٤٧-٤٩،
=

وحكومة العدل أن يُقَدَّرَ أنّه مَمْلوكٌ بدون هذا الأثر، ثُمّ يُقَوَّمُ وبه هذا الأثر، ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين فهو حُكُومةٌ واجبةٌ، وهذا مَحلّ الإجماع بين فقهاء الأمصار، قال في الإجماع: «وأجمع كلّ مَنْ نَحْفَظُ قوله أنّ معنَى قولهم: حُكُومَةٌ؛ أَن يُقالَ: إذا أصيب الإنسانَ بجُرحٍ لا عقلَ له معلومَ، كم قيمة هذا لو كان عبداً قبل أن يُجْرَحَ هذا الْجَرح، أو يضرب هذا الضّرب؟ فإن قيل: مائة دينار، قيل: كم قيمته وقد أصابه هذا الْجَرحُ وانتهى برؤه؟ فإن قيل: خَمسةٌ وتسعون ديناراً؛ فالذي يَجب للمَجْنيّ عليه على الْجرح نِصْفُ عُشْرِ الدِّية، وما زاد أو نقص فعلى هذا المثال»[1].

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

هذا الضّابط مُجْمَع عليه لدى جماهير أهل العلم، كما تبيّن ذلك جَليّاً في فقرة توثيق الضّابط من نصوص علماء المذاهب الفقهية الأربعة، ولَم يُخالف فيه إلاّ الظّاهرية ومَنْ نَحا منحاهم، وهذا بناءً منهم على ظاهريّتهم، وعدم القول بحجّيّة القياس[2].

مسألة: الْحكومةُ لا تُقَدَّر إلاّ بعد اندمال الْجرح؛حتّى يعلم الفارق؛ لأنّ أَرْشَ الْجُرح الْمُقَدَّر إنّما يستقرّ بعد بُرئه، ولا يُشتَرَطُ البرءُ على شينٍ للزوم الْحكومة فيما دون الْمُوضِحَة، بل تلزم فيها الْحكومةُ بُرِئَت على

=

ومختصر المزني ص٣٢٧، والمهذّب ٢٩٤/٣، وروضة الطّالبين ١٨٨/٩، و٢٢٩، والمغني ١٧٧/١٢-١٧٨، ومنتهى الإرادات ٢٥٢/٢، و٢٥٥، و٢٧٣، وشرح منتهى الإرادات ٦٩/٦، وطلبة الطّلبة ص ١٨١.

(١) إجماع ابن المنذر ص ٧٤، ف (٦٩٥)، وانظر: الهداية ١٨٣/٤، والمنتقى ٥١/٩، والمقدّمات ٣٢٨/٣، ومختصر الخرقي ١٧٨/١٢، وشرح منتهى الإرادات ١٤٤/٦.

(٢) انظر: المحلّى ٩/١١، و٩٦-٩٨.

شينٍ أم لا،وهذا قول جمهور فقهاء الأمصار، إلاّ ما يُذْكَر عن الإمام مالك أنّه اشترط الشَّين، وهو ظاهر مذهب الحنفية؛ لقول بدائع الصّنائع: «لأنَّ حكم هذه الشّجاج يثبت للشّين الذي يلحق الْمشجوجَ ببقاء أثرها، بدليلِ أنّها لو برأت ولم يبق لها أثرٌ، لم يجب بها أرشٌ»[1]، ولعلّه مَحمولٌ على عدم نقصٍ في الْمحلّ.

وأمّا إن لم تنقصه الْجنايةُ شيئاً، أو زادَته الْجنايةُ حُسناً فلا شيءَ فيها؛ لأنّه لا نقص فيها، مثال ذلك: لو قَطَعَ إصبعاً أو يداً زائدةً، أو قلع لحية امرأة، فلم يَنقصه ذلك، بل زاده حُسناً، فلا شيءَ على الْجَانِي؛ لأنّه مُحْسِنٌ؛ ولأنّ الْحُكُومَةَ تَجبُ لأجل جَبْر النَّقص، ولا نَقْصَ ههنا، فأشبه ما لو لَطَمَ وَجْهَهُ فلم يُؤَثِّر[2].

مسألة: لا يُبْلَغُ بِحُكُومَة أرشَ مَحَلٍّ مُقَدَّرٍ أَرْشُهُ، فلا يُبْلَغُ بها أرشُ مُوضحَة في شَجَّة دونَها، ولا دِيَةُ إصبعٍ أو أُنْمُلَةٍ فيما دونَهما[3].

من أدلّة الضّابط:

يستدلّ لثبوت الضّابط وصحّته وحجّيّته بما يلي:

١-ما أُثِرَ عن مَكحولٍ -رحمه الله- قال: قضى النَّبيّ ﷺ في الْموضِحَة بِخمسٍ من الإبل، ولَم يقض فيما دونَها[4].

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٧٠/٦، وانظر: التّمهيد ٢٠٧/١٤، والاستذكار ١٠٢/٧، والمنتقى ٤٦/٩، و٥١، وبداية المجتهد ٣٤٢/٤، وعقد الجواهر ١١١٤/٣، وروضة الطّالبين ٢٠٩/٩، والمغني ١٨١/١٢.

(٢) انظر: المغني ١٨١/١٢-١٨٢، وشرح منتهى الإرادات ١٤٤/٦.

(٣) انظر: المغني ١٧٧/١٢، وشرح منتهى الإرادات ١٤٤/٦.

(٤) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ٨٢/٨، وابن أبي شيبة في مصنّفه ١٤١/٩- =

٢-ما روي عن النّخعي -رحمه الله- أنّه قال: ما دون الْمُوضِحة خدوشٌ[١]، وفيها حُكُومَةُ عدلٍ[٢].

٣-ولأنّ ما دون الْمُوضِحَة يَجب فيها الاجتهاد، وكذلك جراح سائرالْجسد؛ لأنّ مقادير العقل لا تؤخذ بالقياس، وليس في ذلك شرعٌ بتقديره، فلم يبق إلاّ الاجتهاد[٣].

٤-ولأنّه قولُ جماهير فقهاء الأمصار، قال في التّمهيد: «اتّفق مالكٌ وأبو حنيفة والشّافعي والأوزاعِي على أنّه ليس فيما دون الْموضِحة من الشِّجاج أرشٌ مُقَدَّرٌ، إنّما فيه حُكُومَةٌ، قال مالكٌ[٤]: ولَم يَعْقل رسول الله ﷺ فيما دون الْموضِحة مِن جِراح الْخطأ عقلاً مُسَمًّى، قال مالك: وهو الأمر الْمجتمع عليه»[٥].

وقال في الاستذكار: «قال مالكٌ: وأنا لا أرى في نافذةٍ في عضوٍ من الأعضاء في الْجسد أمراً مُجتمعاً عليه، ولكنِّي أرى فيها الاجتهاد -الحكومة- يجتهد الإمام في ذلك، وليس في ذلك أمرٌ مُجتمعٌ عليه عندنا» ، ثم قال:

=

١٤٢، وهو ضعيفٌ.

انظر: المغنِي ١٧٦/١٢، والشّرح الكبير ٧/٢٦، وشرح منتهى الإرادات ١٣٤/٦، وإرواء الغَليل ٣٢٤/٧-٣٢٥.

(١) خَدُوشٌ، جمع: خَدش، وهو الجرح في ظاهر الجلد، وسواء دَمِيَ الجلدُ أم لا. انظر: النّهاية ١٤/٢، والمصباح المنير ص ٦٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٩/٦، ونصب الرّاية ٣٧٥/٤.

(٣) انظر: المعونة ١٣٣٤/٣، والمهذّب ٣٥٢/٣، والمغنِي ١٧٦/١٢-١٧٧، والشّرح الكبير ٧/٢٦، وشرح منتهى الإرادات ١٣٤/٦.

(٤) انظر: الموطّأ ٨٥٩/٢.

(٥) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٢٠٧/١٤، وانظر: الشّرح الكبير ٧/٢٦.

«قول مالك هذا، يدلّ على أنّ أُرُوشَ الْجراحات لا يُؤخَذُ التّوقيتُ فيها إلاّ تَوقيفاً، والتّوقيف: إجماعٌ، أو سُنَّةٌ ثابتةٌ؛ فإذا عُدِمَ ذلك، لَم يَجُز أن يشرع للنّاس شرعٌ لا يَتجاوزُ بالرّأي، ولزم الإمام في ما يَنْزِلُ بالنّاس ممّا لا نصَّ فيه ولا توقيفَ الاجتهادُ في الْحكم ومشاورة العلماء؛ فإن أَجمعوا على شيءٍ أَنْفَذَهُ،وقضى به، وإن اختلفوا نظر واجتهد، وهذا هو الْحَقُّ عند أولي العلم والفهم، وبالله التّوفيق»[1].

فهذا كلّه يدلّ على أنّ الْحكم فيما لا توقيفَ ولا توقيتَ فيه من الْجنايات حُكُومَةُ عدلٍ، بأن يَجتهد الإمام أو نائبه في ذلك، على نحو ما سبق. والله سبحانه وتعالى أعلم.

من تطبيقات الضّابط:

١-كلّ ما لَم يرد في قطعه أو جَرحه توقيتٌ من الشّارع فالواجب فيه حُكُومَةٌ، وأمثلته ذلك الْخَمسُ الْخصال الأولى من الشّجاج.

٢-ما ورد في أصله تَوقيتٌ ولَم يرد في الزّيادة عليه توقيتٌ، أُلْحقَت الزّيادة بما لَم يَرِد فيه توقيتٌ أصلاً، مثاله: إنْ قَطع الكفّ مع نصف السّاعد؛ ففي الأصابع والكفّ نصف الدِّية، وفي الزّيادة حُكُومَةٌ[2].

٣-أنّ الشّجاجَ في الوجه والرّأس وسائر جِراح البدن سواء؛ لأنّ مقادير العقل لا تُؤخَذُ بالقياس، وليس في ذلك شرعٌ مُقَدَّرٌ[3].

---

(١) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ١٠٢/٧-١٠٣، وانظر: المنتقى ٥١/٩.

(٢) انظر: الهداية ١٨٤/٤، وروضة الطّالبين ٢٦٨/٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٩/٦-٣٧٠، و٤٠٦، والتّمهيد ٢٠٨/١٤، والاستذكار ٩٦/٧-٩٩، والمقدّمات ٣٢٣/٣، والمنتقى ٥١/٩، وعقد الجواهر ١١١٣/٣، والمهذّب ٢٩٤/٣، والمغني ١٦١/١٢،و١٧٩.

٤-أنّ الْجِراحات فيما سوى الرّأس والوجه وهي غير الْجائفة، أي: التي لا تصل إلى جَوف؛ فالواجب فيها الْحُكُومَةُ[١].

٥-مَنْ وَسَّعَ فقط باطنَ جائفة أجافها غيرُهُ أو ظاهرَها، فعل واحداً منهما دون الاثنين، أو لَم تكن الْجائفةُ مُندَملةً، أو الْمُوضحَةُ نبت شَعرُهَا ففتقها فعليه حُكُومَةٌ؛ لأنّ فعلَه ليس جائفةً، ولا مُوضِحَةً، ولا مُقَدَّراً فيه، وعليه أيضاً أجرة الطّبيب وثَمنُ الْخيط[٢].

---

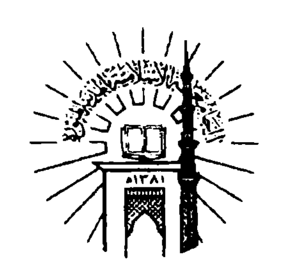
(١) انظر: المهذّب ٣/٣٥٢، وروضة الطّالبين ٩/٢٦٣.

(٢) انظر: الشّرح الكبير ٢٦/٣٠، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٤٠-١٤١.

فهرس محتويات الجزء الثالث



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
عمادة البحث العلمي
رقم الإصدار : (١١٥)



القواعد والضوابط الفقهية

من خلال كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

لابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ)

جمعاً ودراسة

تأليف الدكتور
عبد الوهاب بن محمد جامع إيليش

الجزء الرابع

الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

القواعد والضوابط الفقهية

من خلال كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

لابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ)

جمعاً ودراسة

ⓒ الجامعة الإسلاميّة ، ١٤٣٠ هـ

فهرس مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

ايليشين، عبد الوهاب بن محمد جامع

القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ) جمعاً ودراسة

عبد الوهاب بن محمد جامع ايليشين ـ المدينة المنورة ، ١٤٣٠ هـ

٢١٦٦ ص ، ١٧ × ٢٤ سم

ردمك : ٤ ـ ٦٠٨ ـ ٠٢ ـ ٩٩٦٠ ـ ٩٧٨

١ ـ الفقه الإسلامي ـ مذاهب ـ تاريخ أ ـ العنوان

ديوي ٢٥٨ ١٤٣٠/٥٦٠١

رقم الإيداع: ١٤٣٠/٥٦٠١

ردمك : ٤ ـ ٦٠٨ ـ ٠٢ ـ ٩٩٦٠ ـ ٩٧٨

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه نوقشت في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة وحصلت على تقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى

الباب الخامس: في القواعد والضّوابط المتعلّقة بالقضاء والدّعاوى والمِلك والميراث والضّمان.

وفيه ثلاثة فصولٍ:

الفصل الأوّل: في القواعد المتعلّقة بالدّعاوى.

الفصل الثّاني: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالمِلك والميراث.

الفصل الثّالث: القواعد والضّوابط المتعلّقة بالضّمان.



الفصل الأوّل: في القواعد المتعلِّقة بالدّعاوى.

وفيه عشرة مباحث:

٥٩- **المبحث الأوّل**: قاعدة: الأصل براءة الذّمّة.

٦٠- **المبحث الثّاني**: قاعدة: البيِّنة على المدّعي واليمين على من أنكر.

٦١- **المبحث الثّالث**: قاعدة: اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهةً.

٦٢- **المبحث الرّابع**: قاعدة: المعتبر في الأيمان التي لا يقضى على حالفها بموجبها هو النّية، فإنْ عدمت فقرينة الحال، فإنْ عدمت فعرف اللّفظ، فإن عدم فدلالة اللّغة.

٦٣- **المبحث الخامس**: قاعدة في إراقة الدِّماء.

٦٤- **المبحث السّادس**: قاعدة: الإنسان لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه/ المحكوم عليه لا يكون حاكماً على نفسه.

٦٥- **المبحث السّابع**: قاعدة: للتّهمة تأثيرٌ في الشرع.

٦٦- **المبحث الثّامن**: قاعدة: إذا اجتمع الحقان لم يُسقِط أحدهما الآخر.

٦٧- **المبحث التّاسع**: قاعدة: الفسق متَى ارتفع قبلت الشّهادة.

٦٨- **المبحث العاشر**: قاعدة: كلّ مَنْ يتأتى منه الفصل بين النّاس فحكمه جائزٌ إلاّ ما خصّصه الإجماع من الإمامة الكبرى.



المبحث الأوّل: القاعدةُ التّاسعةَ والخمسون [٥٩]

[الأصلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في مَوضعَين:

أوّلاً: ذكرها دليلاً لِمَنْ قال بعدم وجوب الغُسْل للإهلال بالنّسك[١]؛ حيث قال:

«واتّفق جمهور العلماء على أنّ الغُسل للإهلال سُنَّة، وأنّه مِنْ أفعال الْمُحْرِم... وعمدة الْجمهور أنّ **الأصل هو براءة الذّمّة** حتّى يثبت الوجوبُ بأمرٍ لا مدفع فيه»[٢].

ثانياً: ذكرها أصلاً لِمَنْ لم يرَ اشتراطَ الولاية في النّكاح؛ حيث قال: «وإن كان الْمُسْقِطُ لَها -أي: الولاية- ليس عليه دليلٌ؛ لأنّ **الأصل براءة الذّمّة**»[٣].

توثيق القاعدة:

هذه قاعدةٌ جليلةٌ شائعةٌ مشهورةٌ بين القواعد الفقهية والأصوليّة، مذكورةٌ في كتب المذاهب الفقهية، وتدخل في أبوابٍ كثيرةٍ؛ عباداتٍ أو

---

(١) القول بأنّ الغسل للإهلال بالإحرام سنّةٌ هو قول جمهور فقهاء الأمصار، إلاّ الظّاهرية قالوا بوجوبه على النُّفَساء خاصّةً.

انظر: مختصر القدوريّ ص ٦٦، والهداية ٢/١٣٧، ورسالة القيروانيِ ص ١٧٥، والقوانين الفقهيّة ص ٨٧، والثّمر الدّاني ص ٣٦٤، واللّباب ص ٢٠١، والمهذّب ١/٦٥٩، وزاد المستقنع ص ٥٥، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٤٢، والمحلّى ٥/٦٨.

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٥٣.

(٣) بداية المجتهد ٣/٢١.

معاملاتٍ. وقد ورد ذكرها في كتب أهل العلم بصيغتها المذكورة[1]، وبعباراتٍ أخرى قريبة أو بعيدة لكن مفادها واحد،منها:

جاءَ في معالم السّنن: «الذِّمَمُ بريئةٌ إلاّ أَنْ تقومَ الْحجّةُ بِشَغْلِهَا»[2].

وجاء في التّمهيد: «الذّمّة على البراءة، ولا يجب أن يثبت فيها شيءٌ... إلاّ بدليلٍ لا مدفع فيه ولا مطعن عليه»[3].

وفيه -أيضاً-: الأصل أنّ الذّمّة بريئةٌ فلا يثبت فيها شيءٌ إلاّ بيقينٍ أو حجّةٍ[4].

وجاء في الاستذكار: «الذّمّة أصلها البراءةُ إلاّ بيقين»[5].

وجاء فيه: «الذّمّة بريئةٌ فلا يثبت فيها شيءٌ إلاّ بيقين»[6].

وجاء في البيان والتّحصيل: «الأصل براءة الذِّمَّة من العبادات؛ فلا يَجِبُ منها شيءٌ على أحدٍ إلاّ بيقينٍ»[7].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ١/١٦، و٩٠، و٢/١١٢، و١٥٧، وأشباه ابن نجيم ص ٥٩، والبيان والتّحصيل ١/٤٧، والذّخيرة ٤/٣١،و٨٦،و٣٨٢، و٥/٣٢٩، و٤٥٨، و٨/٢٦٧، و٣٠٤، و٩/٢٨١، و٢٨٥، و٢٩٣-٢٩٤، و٣٠٠، و١١/١٣٢، و١٢/٤٢٠، ومواهب الجليل ٥/٣٨١، وتمهيد الأسنوي ص ٣٩٢، و٤٠٠، والمنثور ١/٦٨، و٤٠٥، وفتح الباري ١١/٦٠٣، وأشباه السّيوطي ص ١٢٢، و١٢٥، والمغني ٥/١٨٠، و٦/٥٢٥، و١٠/٤٠٠، و٥٦٧، و١٢/٦٣، و٧١، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٥٠.

(٢) معالم السّنن للخطّابي ١/١٨١.

(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البر ٢/٣٨٣، وانظر: الاستذكار ١/٣٦٦.

(٤) انظر: التّمهيد ٧/٢٥١، و١٣/١٧٥، و١٤/٣٠٥، والاستذكار ٣/١٩٨-١٩٩.

(٥) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٤/١٦٥.

(٦) الاستذكار ٣/١٩٩.

(٧) البيان والتّحصيل لابن رشد الجدّ ١/٤٧.

وجاء في الإسعاف بالطّلب: «الأصل البراءة قبل ثبوت التّكليف وعمارة الذّمّة». وذكر بعدها قاعدةً في مقابلتها: «الأصل عدم البراءة بعد ثبوت التّكليف وعمارة الذّمّة»[١].

وجاء في المهذّب: «فصل: وإن ادَّعى على رجلٍ دَيْناً في ذمَّته، فأنكره ولم تكن بيِّنَةٌ؛ فالقول قوله -الْمُنكر- مع يَمينه...، ولأنّ الأصل براءة ذمّته؛ فجُعِلَ القولُ قولَهُ»[٢].

وجاء فيه: «فصل: فأمّا إذا لم يَكُن لَوْثٌ[٣]، ولا شاهدٌ فالقول قول الْمُدَّعَى عليه مع يَمينه...، ولأنّ اليمين إنّما جُعِلَت في جنبة الْمُدَّعي عند اللَّوْث؛ لقوّة جَنْبَته باللَّوْث، فإذ عُدِمَ اللَّوْث حَصَلَت القوّةُ في جَنْبَة الْمُدَّعَى عليه؛ لأنّ الأصل براءة ذِمّته، وعدم القتل؛ فعادت اليمين إليه»[٤].

وجاء في الْمنثور: «إذا اختلف الغارم والْمغروم في القيمة؛ فالقول قول الغارم؛لأنّ الأصل براءة ذِمَّته من الزّيادة ما لم يعارضه أصلٌ آخر»[٥].

وجاء في فتح الباري: «وفيه -يعني: حديث ما يَلْبَس الْمحرم- إشارةٌ إلى أنّ حقّ السّؤال أن يكون عَمّا لا يُلْبَسُ؛ لأنّه الحكم العارض في الإحرام، المحتاج لبيانه؛ إذ الجواز ثابت بالأصل، معلومٌ بالاستصحاب؛

---

(١) الاسعاف للطّلب للمنجور ص ٢٧٣، و٢٧٤.
(٢) المهذّب لأبي إسحاق الشّيرازي ٦٤٥/٣.
(٣) اللَّوْث: هو الأمر الذي ليس بالقويّ، والبيّنة الضّعيفة غير الكاملة.
انظر: التّمهيد ٢٦٦/١٤، والاستذكار ٢٠٢/٧، وعقد الجواهر ١١٣١/٣، وحدود ابن عرفة ٦٢٩/٢، والمهذّب ٦٧١/٣، ومنتهى الإرادات ٢٧٩/٢، والمصباح المنير ص ٢١٤.
(٤) المهذبّ لأبي إسحاق الشّيرازيّ ٦٦٨/٣.
(٥) المنثور للزّركشي ٦٨/١.

فكان الأليق السّؤال عَمّا لا يُلْبَسُ»[١].

وفيه أيضاً: «وجَانبُ الْمُدَّعَى عليه قويٌّ؛ لأنّ الأصل فراغُ ذمَّته»[٢].

وجاء في الْمحلَّى: «الذّمم بريئةٌ إلاّ بنصّ قرآنٍ أو سنة»[٣].

و«الْمُتَّهَمُ برئ حتَّى تَثْبُتَ إدَانَتُهُ»[٤].

وبَحَث الأصوليّون أيضاً هذه القاعدة تحت مبحث الْمباح.

جاء في مذكّرة أصول الفقه: «اعلم أنّ الإباحةَ عند أهل الأصول قسمان:

الأُولَى: إباحةٌ شرعيةٌ، أي: عُرِفَت مِنْ قِبَل الشّرع؛ كإباحة الْجماع في ليالي رمضان المنصوص عليها بقوله: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ﴾[٥]، وتُسَمَّى هذه الإباحةُ الإباحةَ الشّرعيةَ.

الثّانية: إباحةٌ عقليّةٌ، وهي تُسَمَّى في الاصطلاح: البراءة الأصليّة، والإباحة العقلية، وهي بعينها: استصحاب العدم الأصليّ حتّى يرد دليلٌ ناقلٌ عنه»[٦].

علاقة القاعدة بغيرها:

هذه القاعدة عميقةُ الصّلة بقاعدتين:

الأُولَى: قاعدة: (البيّنة على الْمدَّعِي واليمين على مَنْ أَنْكَرَ)، وجه اندراجها: أنّ إنكار الْمُدَّعَى عليه نابعٌ من براءة ذِمَّته في الأصل، وفراغ ساحته

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٣/٤٧٠.

(٢) فتح الباري ٥/٣٣٤.

(٣) المحلّى لابن حزم ٦/٣٧١.

(٤) انظر: جمهرة القواعد ص ٢٠٠، هامش (٣).

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

(٦) مذكّرة أصول الفقه للشّيخ الشّنقيطي ص ٢١، وانظر أيضاً: ٢٢-٢٤، و٩٠، ونثر الورود ص ٥٠.

من حقوق الآخرين، ولذلك يطالب باليمين فقط[1]، وسيأتي التّفصيل الْمزيد إن شاء الله.

والثّانية: قاعدة:(الشّك لا يوجب العلم، ولا يرفع العلم الْمُوجب للعمل)، و(اليقين لا يزول بالشّك) من وجه، وهو أنّ فراغ ذمّة الإنسان من حقوق الغير أمرٌ يقينيٌّ، كما تبيّن من نصوص أهل العلم المذكورة آنفاً، فلا يمكن أن يزول هذا اليقين بمُجَرَّد دعوى لا يسندها دليلٌ؛ لأنّها حينئذٍ بمثابة شكٍّ لا يُوْبَهُ به[2].

شرح مفردات القاعدة:

الذّمّة:أصلها:العهد،والأمان،والضّمان،والْحُرْمَة والْحقّ، والْميثاق[3].

والمراد بها: أهليّة الإنسان لتحمّل عهدة ما يَجري بينه وبين غيره من العقود والتّصرّفات[4]؛ لذا عبّر عنها في معجم لغة الفقهاء بأنّها[5]: (صفةٌ يصير الإنسانُ بها أهلاً للالتزام، أو: وعاءٌ معنويٌّ في الإنسان تستقرّ فيه الالتزامات).

---

(١) انظر: الذّخيرة٦/١١٧،و١١/٦٦،و٧٤،والقوانين الفقهية ص١٩٧،وقواعد ابن عبد السّلام٢/٣١-٣٢، والمنثور ٢/٢٤١، والمغني ٦/٥٢٥، و١٠/٥٦٧، وجمهرة القواعد الفقهية ص ١٩٨، و٢٤٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣/١٠١، والمجموع ١/١٠٣، والمغني ٧/٣١٩، و٨/٣١٨، و٣٢٥، و٣٣٠، و١٢/٦٣، والمرجع السّابق ص ٢٤٣.

(٣) انظر: طلبة الطّلبة ص ١٦٤، والنّهاية في غريب الحديث ٢/١٦٨، ومختصر الصّحاح ص ٢٢٣، والمصباح المنير ص ٨٠.

(٤) انظر: طلبة الطّلبة ص ١٦٤، والعقد الثّمين ص ٦٤.

(٥) لـ أ.د. محمّد رواس قلعة جي ص ١٩١.

معنَى القاعدة الإجمالي:

هذه قاعدةٌ قضائيةٌ جليلةٌ من قواعد أحكام الشّرع، اعتَنَى بها العلماء قديماً وحديثاً[1]، وهي من الأصول الْمُطّردة في طرائق الإثبات الْمَنُوطة بالقضاء، المراد منها أنّ الإنسان يولد خاليَ الذِّمّة، لا يلزمه شيءٌ من دَيْنٍ، أو التزَامٍ، أو مسؤولية، وأنّ ذمّة كلّ شخصٍ غير مشغولة بحقٍّ أو واجبٍ إلاّ بيقينٍ؛ ولذلك لَمْ يُقْبَل في شغلِ الذّمّة شاهدٌ واحدٌ ما لَم يعتضد بآخر، أو بيمين الْمُدَّعِي؛ فكان القولُ الرّاجحُ في حالة النّزَاع بين الفريقين قولَ الْمُدَّعَى عليه عند فقدان البيّنة مِنْ طرف الْمُدَّعي؛ لموافقته الأصلَ وهو عدم شغلها حتّى يقومَ دليلٌ على خلافه، والقولُ قولُ مَنْ يشهد له الأصل، والبيّنة على الْمُدَّعِي؛ لدعواه ما خالف الأصلَ من غير البيّنة؛ فمتَى كان لأحدهما بيِّنَةٌ حُكِمَ بها بغير خلاف[2].

قال ابن رشد: ((وأعنِي بالبراءة الأصلية: عدم الحكم))[3].

ويستدلّ على أنّ دعوى الْمدَّعِي على خلاف الأصل، وأنّ القول

---

(١) وقد شرحها من الْمُعاصرين: العلاّمة أحمد الزّرقا شرحاً وافياً مشبعاً بضرب الأمثلة وتَنْزيل الواقع عليها.وفضيلة الشّيخ محمّد بن صالح العثيمين، ود.عليّ أحمد النّدوي. انظر: شرح القواعد الفقهية ص ١٠٥-١١٥، ق: [٧]، مادة: [٨]، وص ١٢٥-١٣١، ق: [١٠]، مادة: [١١]، وص ٣٦٩-٤١٠، ق:[٧٥-٧٩]،مادة:[٧٦-٨٠]، والعقد الثمين ص ٦٤، وجمهرة القواعد الفقهية ١/١٩٧-٢٠٢، ق: [٦]، [م/٧٦]، و١/٢٤٢-٢٤٨، ق: [١٥].

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٥٩، وشرح القواعد للزّرقا ص ١٠٥، و١٠٧-١٠٨، والذّخيرة ٦/١١٧، والمنثور ٢/٢٤١، وأشباه السّيوطي ص ١٢٢-١٢٣، ومختصر الخرقي ٦/٥٢٤، والمغنِي ٦/٥٢٥، و١٠/٥٦٧، والطّرق الحكمية ص ٩٤-٩٥.

(٣) بداية المجتهد ١/٢١٩.

ليس قوله إلاّ بالبيّنة لقوله -تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾[1].

وقوله -تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُواْ ٱلْهَوَىٰٓ أَن تَعْدِلُواْ وَإِن تَلْوُۥٓاْ أَوْ تُعْرِضُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[2].

وجه الاستدلال بالآيتين: أنّ الْمدَّعي لو كان القولُ قولَه لم يَحْتَج إلى الإشهاد ولا إلى كتابة الْحقوق وإملائها؛ فالأمر بذلك يدلّ على الْحاجة إليه، ويتضمّن أنّ البيّنة على الْمُدَّعي. ولأنّ الله حين أمر الذي عليه الحقّ بالإملاء اقتضى تصديقه فيما أقرَّ به؛ وإذا كان مُصَدَّقاً؛ فالبيّنة علَى مَنِ ادَّعى تكذيبه. ولو قال الذي له الْحقّ: لِيَ كذا وكذا، لم يَنْفَع حتَّى يقرَّ له الذي عليه الْحقّ؛ فلأجل ذلك كانت البداءة به؛ لأنّ القول قوله[3].

هذا، ولا يعني أنّ الْمُدَّعي على خلاف الأصل دائماً، ولا أنّ القولَ قولُ خَصمه مطلقاً، بناء على هذا لا بدّ من معرفة الفصل بين المتداعيَين، وتَمييزِ الْمُدَّعي؛ -الذي يُكَلَّف إقامةَ البيّنة على دعواه ولا يُمَكَّن من اليمين، من الْمُدَّعَى عليه؛ الذي يُمَكَّنُ مِنَ اليمينِ ولا يُكَلَّف إقامةَ البيّنة، بالوقوف على العلّة المفرِّقة بينهما، والْموجبة لتبدئة الْمُدَّعَى عليه باليمين دون الْمُدَّعِي؛ إذ قد يكون القولُ قولَ الْمُدَّعي إذا كان في معنَى الْمُدَّعَى

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٢) سورة النّساء، الآية: ١٣٥.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٢/٢٠٥-٢٠٦، و٢١٠-٢١١، وأحكام ابن العربي ١/٣٢٨، و٣٤٦، وفتح الباري ٥/٢٩٤، و٣٣٢.

عليه، وتكون على الْمُدَّعَى عليه إقامةُ البيّنة إذا كان في معنَى الْمُـدَّعِي؛ لأنّ الْمُدَّعَى عليه لم يكنِ القولُ قولَهُ مِنْ أجل أنّه مُـدَّعًى عليـه، ولأنّ الْمُدَّعِيَ أيضاً لم يُكَلَّف إقامةَ البيّنة على دعواه مِنْ أجل أنّـه مُـدَّعٍ؛ إذ ليست الأحكام للأسماء، إنّما للمعاني[1].

فالْمَعْنَى الذي مِنْ أجله كانَ القولُ قولَ الْمُدَّعَى عليه؛ هو أنَّ لـه سبباً يدلّ على صدقه دون الْمدَّعِي في مُجرَّد دعواه، وهو كونُ السّـلعة بيده إن كانت الدّعوى في شيءٍ بعينه، أو كونُ ذِمَّتِهُ بريئةً على الأصل في براءة الذّمم إن كانت الدّعوى فيما في ذمّته.

والْمَعْنَى الذي مِنْ أجله وجب على الْمُدَّعِي إقامةُ البيّنة على دعواه هو تَجَرُّدُها من سبب يدلّ على صدقه فيما يدَّعيه؛ فإنْ كان له سببٌ يدلّ علـى تصديقه؛ فهو أقوى من سبب الْمُدَّعَى عليه؛ كالشّاهد الواحد، أو الرّهن، أو ما أشبه ذلك من إرخاء السّتر، فَيَجب أن يبدأ باليمين دون الْمُدَّعَى عليه[2].

وأمّا إن لم يكن لواحد منهما سببٌ يدلّ على صـدقه كالسّـلعة يتداعيانها وليست بيد واحدٍ منهما، أو كان لكلّ واحد منـهما سـببٌ مكافئٌ لسبب صاحبه لا مزية له عليه، كتكافؤ البيّنة، وليست السّلعة في يد واحد منهما، لم يبدأ أحدهما باليمين دون صاحبه، ووجب أن يَحلفا جميعاً ويقّسما السّلعة بينهما[3].

---

(١) انظر: الهداية ١٥٥/٣، والمقـدّمات ١٩٠/٢-١٩١، و٣٠٣/٣-٣٠٥، وبدايـة المجتهد ٤٤٠/٤-٤٤١، والذّخيرة ٤٦/١١، ومقاصد ابن عاشور ص ٣٤٦، فما بعدها، وأعلام الموقّعين ص ٦٨٨.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤٥٣/٤.

(٣) انظر: معالم السّنن ٣٨/٤، وتبيين الحقائق ٢٩١/٤، والمقدّمات ١٩٠/٢-١٩١، وقواعد ابن عبدالسّلام ٣١/٢-٣٢، ومنتهى الإرادات ٣٩٢/٢، وشرح منتـهى الإرادات ٦٢٤/٦.

من أدلّة القاعدة:

دلّت أدلةٌ من كتاب الله -تعالى-، ومن سنة رسول الله ﷺ على أنّ استصحاب العدم الأصلي الذي هو براءة الذّمّة حجّةٌ على عدم المؤاخذة بالفعل حتّى يردَ دليلٌ ناقلٌ عن العدم الأصلي، ويُثْبِتَ حكماً جديداً، من هذه الأدلّة:

١-أنّهم كانوا يتعاملون بالرّبا فلمّا نَزَل تَحريمُ الرّبا في قول الله -تعالى-: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا۟ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾[1]، خافوا من أكل الأموال الْحاصلة منه بأيديهم قبل تَحريم الرّبا؛فأنْزلَ الله في ذلك قوله: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾[2]، فقوله: ﴿فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ يدلّ على أنّ ما تعاملوا به من الرّبا على حكم البراءة الأصلية قبل نزول التّحريم، لا مؤاخذة عليهم به[3].

٢-ونظيره؛ لَمَّا استغفر الْمؤمنون لِمَوتاهم الْمشركين نَزل قوله تعالى ﴿مَا كَانَ لِلنَّبِىِّ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَن يَسْتَغْفِرُوا۟ لِلْمُشْرِكِينَ وَلَوْ كَانُوٓا۟ أُو۟لِى قُرْبَىٰ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُمْ أَصْحَٰبُ ٱلْجَحِيمِ﴾[4]، ندموا على

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.
(٣) انظر: تفسير القرطبي ٣/٣٤١-٣٤٤، وتفسير السعديّ ص ١١٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٢.
(٤) سورة التّوبة، الآية: ١١٣.

استغفارهم للمشركين، فأنْزَل الله تعالى قوله -تعالى-: ﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَىٰهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ ﴾[1]، مُبيِّناً أنّ ما فعلوه من الاستغفار لَهُم على حكم البراءة الأصلية قبل نزول التّحريم، لا مؤاخذة عليهم به حتّى يحصل بيان ما ينهي عنه[2].

٣-حديث عبدالله بن عبّاس -رضي الله عنهما- أنّ النّبِيَّ ﷺ قال: ((لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بدعواهم؛ لادَّعَى ناسٌ دِمَاءَ رجالٍ وأَمْوالَهُمْ، وَلَكِنَّ اليَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عليه))[3].

وجه الدّلالة: أنّ النّبِيّ ﷺ بيّن الْحكمة في ذلك، وهي: كونُ الإنسانِ لا يُعْطَى ما ادّعاه بِمجرَّد دعواه؛ لأنّه لو أُعْطِيَ بِمجرّدها لادَّعَى

---

(١) سورة التّوبة، الآية: ١١٥.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٨/٢٥٢، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٢-٢٣.

(٣) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ١٠/٢٥٢ برقم: (٢٠٩٩٠)، بلفظ قريب من هذا اللّفظ من حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما قال: قال ﷺ: ((لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُم؛ لادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَومٍ وَدِمَاءَهُم، وَلَكِنَّ البَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي وَاليَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)).
وبلفظ آخر: في الموضع نفسه برقم: (٢٠٩٨٩) قال ابن عبّاس رضي الله عنهما: قال رسول الله ﷺ: ((لَو يُعْطَي النَّاسُ بِدَعْوَاهُم؛ لادَّعَى رِجَالٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوالَهُم، وَلَكِنَّ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّالِب، واليَمِينَ عَلَى الْمَطْلُوب)). والحديث صحيحٌ، انظر: نصب الرّاية ٤/٩٥، وسبلَ السّلام ٤/١٣٢.
وأخرج نحوه من حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما، البخاري في صحيحه ٨/٦٣، كتاب تفسير القرآن، باب: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ﴾، برقم: (٤٣٦٨)، ومسلم في صحيحه ٣/١٣٣٦، كتاب الأقضية، باب اليمين على الْمدَّعَى عليه، برقم: (١٧١١).

قومٌ دماء قوم وأموالهم واستَبَاحُوها، ولَمَا يُمْكِنُ الْمُدَّعَى عليه صيانة ماله ودمه، وأمّا الْمُدَّعِي فيمكنه صيانتهما بالبيّنة. فلَمّا كان جانب الْمُدَّعِي ضعيفاً؛ لأنّه يقول خلاف الظّاهر؛ كُلِّفَ الْحُجَّةَ القويَّةَ وهي البيّنة؛ فيقوى بها ضعف جانب الْمدَّعِي، وجانب الْمُدَّعَى عليه قويٌّ؛ لأنّ الأصل فراغُ ذمَّته؛فاكْتُفِيَ منه باليمين؛ لأنّ الحالف يجلب لنفسه النّفع ويدفع الضّرر، فكان ذلك في غاية الحكمة[1].

٤- حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- في قصّة أهل قباء؛ قال: بينما النَّاسُ في صلاة الصُّبْحِ بقُبَاءَ؛ إذ جاءهم آت فقال: إنَّ رسول الله ﷺ قَدْ أُنْزِلَ عليه اللَّيلَةَ قُرْآنٌ، وقَدْ أُمِرَ أَنْ يَسْتَقْبِلَ الكَعْبَةَ فاسْتَقْبِلُوهَا، وكانت وُجُوهُهُم إلى الشَّامِ، فَاسْتَدَارُوا إلى الكَعْبَةِ[2].

وجه الاستدلال منه: حيث دلّ الحديث على أنَّ مَنْ عمل عملاً صحيحاً؛ أو تصَرَّفَ تصرفاً صحيحاً مستوفي الشّروط والأسباب، ومنتفي الموانع حسب ما هو مطالب به بحيث تبرأ به ذِمَّتُهُ، ثم تبيّن له تَجدُّدُ شيءٍ من ذلك؛ فإنّ فعله أو تصرّفه صحيحٌ ماضٍ، يُعْتَدُّ به وبرئت ذِمَّتُه، ولا يلزمه غيره؛ لأنّ أهل قباء لم يؤمروا بإعادة ما صلّوها إلى بيت المقدس، بل اعتدّوا بما مضى منها ولم يستأنفوها؛ لأنّ الأصل براءة ذِمَّتهم[3].

---

(١) انظر: فتح الباري ٥/٣٣٤، والمغني ١٠/٥٦٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ١/٦٠٣، كتاب الصّلاة، باب ما جاء في القبلة، برقم: (٣٩٩)، ومسلم في صحيحه ١/٣٧٥، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، باب تحويل القبلة من القدس إلى الكعبة، برقم: (٥٢٦)، واللّفظ للبخاري.

(٣) انظر: شرح مسلم للنّووي ٥/١٢، وروضة النّاظر ٢/٣٠٩، وشرح مختصر الرّوضة =

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة جليلةٌ شائعةٌ، مذكورةٌ في كتب المذاهب الفقهية في أبوابٍ كثيرةٍ، خصوصاً في مجالات الدّعاوى والمرافعات والقضاء والعقود والالتزامات، ولم تتخلف المذاهب الفقهية فيها، إلاّ فيما يرجع إلى بعض تفاصيلها[١].

قال في المقدّمات: «وهذه جملةٌ لا اختلاف بين أحدٍ من أهل العلم فيها، وما يوجد من الاختلاف بينهم في التّداعِي ليس بِخارج عن هذا الأصل، إنّما هو اختلافهم في قوّة السّبب الدّالّ على تصديق أحد الْمُتَدَاعِيَين وضعفه على ما يؤدِّيه الاجتهاد إلى كلّ واحدٍ منهم»[٢].

قال في عارضة الأحوذي: «وليس في هذه القاعدة خلافٌ، وإن كان الخلاف في تفاصيل الوقائع التي تَتَخرّج على هذه القاعدة»[٣].

وقد استند الظّاهرية إليها كثيراً ولكن في غير مواضعها أحياناً.

منها: استدلالهم بها في تبرير موقفهم من رفض القياس ومطالبتهم بالنّصّ الصّريح والإجماع الْمُتَيَقَّن في كلّ مسألة. ومن هذا القبيل قصرهم إيجاب الزّكاة على الأصناف السّتة المنصوص عليها من: الذّهب والفضة والبر والشّعير والتّمر... الخ. وانطلاقاً من هذا المبدأ قولهم بعدم وجوب الزّكاة في عروض التّجارة[٤]. وهو في الحقيقة رأيٌ شاذٌ مخالفٌ لمقاصد

=

٣١٢/٢، ومذكّرة أصول الفقه ص ٩٨.

(١) انظر: الْمراجع السّابقة عند توثيق القاعدة.

(٢) المقدّمات لابن رشد الجدّ ١٩٢/٢.

(٣) عارضة الأحوذي لابن العربي ٨٦/٦-٨٧.

(٤) انظر: الْمحَلّى ٢٠٩/٥، و٢٢٥، فقرة: [٦٤١].

الشّريعة العامّة تَمَسُّكاً بالظّواهر.

وللإمام الحافظ ابن عبد البَرّ كلامٌ لطيفٌ عن هذا الرّأي؛ حيث قال: ((احْتِجَاجُ أهل الظّاهر في هذه الْمَسألة ببراءة الذِّمَّة عَجَبٌ عَجِيبٌ؛ لأنّ ذلك نقضٌ لأصولِهم، وردٌّ لقولِهم، وكَسرٌ للمَعْنَى الذي بنَوا عليه مذهبهم في القول بظاهر الكتاب والسّنّة؛ لأنّ الله عَجَلَّ قال في كتابه: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾[1]، ولَمْ يَخصَّ مالاً مِنْ مال، وظاهر هذا القول يوجب على أصوله أن تؤخذ الزّكاة مِنْ كلّ مالٍ إلاّ ما أَجْمَعَت الأمّةُ أنَّهُ لا زكاةَ فيه من الأموال، ولا إِجْمَاعَ في إسقاط الزّكاة عَنْ عرُوض التّجارة، بل القول في إِيْجاب الزّكاة فيها إِجْمَاعٌ مِنَ الْجُمهور الذين لا يَجوزُ الغلط عليهم ولا الْخُروج عن جماعتهم؛ لأنّه مستحيلٌ أن يجوز الغلط في التّأويل على جَميعهم))[2].

يظهر مِمَّا تقدَّمَ أنّ الأصل أَنْ يُحْكَم بالاستصحاب، أو بالظّهور إذا انفرد عن المعارض. لكن إذا تعارض الأصلان[3]؛ فالعمل حينئذٍ كالعمل في

---

(١) سورة التّوبة، الآية: ١٠٣.

(٢) الاستذكار ٥٢/٣، وانظر: التّمهيد ٨٣/٧، وانظر في مسألة أخرى: بداية المجتهد ١٨٢/٢.

(٣) انظر تعارض الأصلين وأمثلته في: معالم السّنن ٣٨/٤، وتبيين الحقائق ٢٩١/٤، والمقدّمات ١٩٠/٢-١٩١،وتنقيح الفصول١٥٧/١، والذّخيرة ٣٢٨/٥-٣٢٩، و١٧٦/١٠-١٩٧، و٢٧٨، و٣٤٦/١٢، و٣٨٣-٣٨٤، والقوانين الفقهية ص ٢٠٠، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٧٦، والوسيط ٣٠٠/٦، و٣٤٣، و٤٦٧/٧، وقواعد ابن عبد السّلام ٣١/٢-٣٢، والمجموع ١٠٣/١-١٠٤، وأشباه السّيوطي ص ١٤١-١٤٣، و١٤٧، و١٥٠، و١٥٢، والمغني ٧٧/١٢-٧٨، ومنتهى الإرادات ٣٩٢/٢، وشرح منتهى الإرادات ٦٢٤/٦.

تعارض الدَّليلين مِنْ جمعٍ بينهما إنْ أمكن، وإلاّ فبترجيح أحدهما على الآخر بمُرجِّحٍ آخر من ظاهرٍ أو غيره؛ كضمّ اليمين إلى النّكول فيجتمع الظّاهران، وكتحليف الْمُدَّعَى عليه؛ فيجتمع استصحاب البراءة مع ظهور اليمين.

وقد مُثِّل لهذا بما لو قطّع رجلٌ رجلاً ملفوفاً نصفين ثم نازع أولياؤه في أنّه كان حيّاً حالة القطع؛ فالأصل براءة الذّمّة من القصاص، والأصل بقاء الحياة[1].

ونَحو العبد إذا انقطع خَبَرُه، فهل تَجب زكاة فطره؛ لأنّ الأصل بقاء حياته، أو لا تَجب؛ لأنّ الأصل براءة الذّمّة[2].

في هذين المثالَيْنِ ونظائرهما من أوجه التّعارض في الظّاهر؛ - كالتّعارض بين الدَّليلين، والبيّنتين، والأصلين، والظّاهرين، والأصل والظّاهر- يُغَلَّب الأصل في الدّعاوى؛ لأنّ الأصل براءة الذّمّة. ويُغَلَّب الغالب في البيّنة؛ فإنّ الغالب صدقها، والأصل براءة الذّمّة[3].

وإذا تعارضت البَيِّنَتان؛ إحداهما مُثْبَتَةٌ والأخرى نافيةٌ؛ قُدِّمت الْمُثْبَتَة على النّافية؛ لأنّ الْمُثْبَتَةَ ناقلةٌ عن حكم الأصل الذي هو براءة الذّمّة، والنّافية مُبْقيةٌ على الأصل بالبراءة الأصلية، وهذا هو الصّحيح عند الأصوليّين. ولأنّ البَيِّنَةَ مُثْبتةٌ فيها زيادةُ علمٍ خفيت على البيِّنة المعارضة، وهو: إثبات حكمٍ شرعيٍّ ليس موجوداً في الأصل[4].

---

(١) انظر: المنثور ١/٦٨، و٢/٥١، والمراجع السّابقة.

(٢) انظر: التّمهيد ٧/٩٠، والمراجع السّابقة.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

(٤) انظر: إحكام الفصول ٢/٧٦٠، فقرة: [٨٣٠]، وبداية المجتهد ١/٢١٩، والذّخيرة =

من تطبيقات القاعدة:

١-استدلّ بالقاعدة مَنْ قال بأنّه لا يَجبُ شيءٌ على مَنْ يأتِي امرأتَهُ وهي حائض على سبيل الوجوب، وإنّما يستغفر الله ويتوب إليه ولا يعود؛ لعدم ثبوت دليلٍ تقوم به حُجّةٌ، والذّمم على البراءة[1].

=

١٠/١٧٨-١٨٤، والمغني ١٢/٧٨، ومنتهى الإرادات ٢/٣٩٢-٣٩٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/٦٢٤-٦٢٩، ومذكّرة أصول الفقه ص ٣٨٧-٣٨٨، ونثر الورود ص ٦٠٧.

(١) وهو مذهب الحنفية والمالكية والشّافعي في الجديد وعليه المذهب عند الشّافعية والظّاهرية. وذهب الحنابلة والشّافعي في القديم إلى وجوب التّصدُّق بدينارٍ أو نصف دينارٍ. واستثنَى الحنابلة مَنْ به شبق يخاف تشقّق أنثييه إن لم يطأ.
انظر: سنن أبي داود ١/١٨٢، وسنن التّرمذي ١/٢٤٦-٢٤٧، ومعالم السّنن ١/١٨١-١٨٢، وعارضة الأحوذي ١/٢١٨، ومختصر القدوري ص ١٩، وبدائع الصّنائع ١/١٦٣، والتّمهيد ٢/٣٨٢-٣٨٣، والاستذكار ١/٣٦٥-٣٦٦، والمقدّمات ٢/٢٧٧، والمهذّب ٢/٢٦٩، والمجموع ٢/٢٦٩، و٢٧٠، ومنتهى الإرادات ١/٣٣، و٣٤، وشرح منتهى الإرادات ١/٢٢٣، و٢٢٤-٢٢٥.
قال الإمام ابن عبد البَرّ: «وحُجَّةُ مَنْ لَمْ يوجب عليه كفّارةً إلاّ الاستغفار والتّوبة؛ اضطراب هذا الحديث عن ابن عبّاس -رضي الله عنهما-، وأنّ مثله لا تقوم به حُجَّةٌ، وأنّ الذِّمَّة على البراءة، ولا يجب أن يثبت فيها شيءٌ لمسكين ولا غيره، إلاّ بدليلٍ لا مدفع فيه، ولا مطعن عليه، وذلك معدومٌ في هذه المسألة». التّمهيد ٢/٣٨٣، والاستذكار ١/٣٦٦.
ويعني بحديث ابن عباس قوله: «إذا أصابها في الدّمّ فدينارٌ، وإذا أصابها في انقطاع الدّم فنصف دينار».
أخرجه أبو داود في سننه ١/١٨٢-١٨٣، كتاب الطّهارة، باب في إتيان الحائض، برقم: (٢٦٥)، والتّرمذي في سننه ١/٢٤٥، أبواب الطّهارة، باب ما جاء في الكفّارة في ذلك، برقم: (١٣٧).
واستدلّ القائلون بوجوب الصّدقة بحديث ابن عبّاس في روايةٍ أخرى: عن النّبيّ ﷺ

=

=

في الذي يأتي امرأته وهي حائض، قال: «يَتَصَدَّقُ بدينارٍ أو نصف دينار». وهو من ألفاظ حديث ابن عبّاس عند أبي داود ١/١٨١، برقم: (٢٦٤)، و٢/٦٢٢، كتاب النّكاح، باب في كفّارة مَنْ أَتى حائضاً، برقم: (٢١٦٨)، والتّرمذي في سننه ١/٢٤٥، في الموضع السّابق برقم: (١٣٦).

قال أبو داود: «هكذا الرّواية الصّحيحة؛ دينارٍ أو نصف دينارٍ، وربّما لَمْ يرفعه شعبة عن الحكم».

وحديثُ ابن عبّاس هذا القائلُ بالوجوب مختلف فيه بين مُرَجِّح له ومُضَعِّف.

فممَّنْ رجّحه: الإمام أحمد بن حنبل، والحافظ أبو عبد الله الحاكم النّيسابوري، وابن القطان، وابن دقيق العيد والذّهْبي، وابن حجر؛ كلّهم ذهبوا إلى صحّته.

وقال النّووي في المجموع ٢/٢٧٠: «واتّفق الْمُحَدِّثون على ضعف حديث ابن عبّاس هذا واضطرابه، ورُوِيَ موقوفاً، ورُوِيَ مُرْسَلاً، وألواناً كثيرةً، وقد رواه أبو داود، والتّرمذي، والنّسائي، وغيرهم، ولا يجعله ذلك صحيحاً. وذكره الحاكم أبو عبد الله في (الْمُسْتَدْرَك على الصّحيحين)، وقال: هو حديثٌ صحيحٌ. وهذا الذي قاله الحاكم خلافُ قول أئمة الحديث، والحاكم معروفٌ عندهم بالتّساهل في التّصحيح. وقد قال الشّافعي في أحكام القرآن: هذا حديثٌ لا يثبت مثله. وقد جمع البيهقي طرقه وبيّن ضعفها بياناً شافياً، وهو إمامٌ حافظٌ متّفق على إتقانه وتحقيقه؛ فالصّواب أنّه لا يلزمه شيءٌ. والله أعلم».

وتصحيحُ مَنْ ذكرتُ يَرُدُّ دعوى الإمام النّووي هذه بأنّ أئمةَ الحديث كلّهم خالفوا الحاكم في تصحيحه، وأنّ الحقّ أنّه ضعيفٌ باتّفاقهم.

وضعّف الألباني رفعه، وصحّحه موقوفاً، قال في إرواء الغليل ١/ ٢١٨: «رواه أبو داود وغيره، وقد روي مرفوعاً والصّواب وقفه». وقال في صحيح أبي داود ٢/ ٤٠٨: «عن ابن عباسٍ قال: إذا أَصَابَهَا في الدَّم فدينار، وإذا أصابها في انقطاع الدّم فنصف دينار؛ صحيحٌ موقوفٌ».

وقد قام العلاّمة أحمد محمّد شاكر بتحقيق القول في هذا الحديث وتَحريره؛ تحقيقاً مُسَدَّداً،وتحريراً مُوَفَّقاً لم يُسْبَق إليه عند تحقيقه للحديث في سنن التّرمذي ١/٢٤٥-٢٥٤، وخلص إلى أنّ الحديث في أصله صحيحٌ، والله يعطي فضله مَنْ يشاء.

=

٢-مَنْ أسْلَمَ في دار الكفر، أو نشأ على شاهق جبلٍ وهو على الفطرة، ولَمْ يَجدْ مَنْ يُعَلِّمُه أمرَ دينه؛ كالصّلاة والصّوم، ثم حصل بعد ذلك العلمُ بأمور الدِّين لكلٍّ منهما؛ فلا قضاء عليهما؛ لأنّ الأصل براءة الذّمّة حتّى يرد دليلٌ يقضي بشغلها.

وهذه المسألة مبنيةٌ على الخلاف في: النّاسخ، أيكون نسخاً في حقِّ مَنْ لم يبلغه أم لا؟ وهل يثبت الحكم بِمُجَرَّد وروده وإن لم يبلغ الْمُكَلَّف أو لا يثبت في حقّ الْمكلّف إلاّ بعد بلوغه له؟

وممّا لا شكّ فيه أنّ من شروط التّكليف علمَ الْمُكَلَّف بمَا كُلِفَ به، يعني: أَنْ يعلم أنّه مأمورٌ به، فإنْ لم يعلم أنّه مأمورٌ به لم يُتَصَوَّر منه قصد الطّاعة والامتثال، وأن يكون الْمُكَلَّفُ به معلومَ الحقيقة لديه، فإنْ لم يعلم حقيقة الأمر الْمُكَلَّف به لم يَتَوَجَّه قصده إليه حتّى يأتي به، ويَتَصَوَّر موافقته له، ولا نصبه مثالاً يعتمده؛ فلم يصحّ وجودُهُ منه؛ لأنّ توجُّه القصد إلى الفعل من لوازم إيجاده، فإذا انتَفَى اللازمُ الذي هو القصد، انتَفَى الْمَلزُومُ الذي هو الإيجاد.

فالْمُصلِّي والصّائمُ في المثال، يجب أوّلاً أن يَعْلَمَا حقيقتَيهما؛ حتّى يصحَّ قصدهما لأفعالهما، ويشرعان فيهما شيئاً بعد شيء؛ فلو لم يَعْلَمَا حقيقة الصّلاة ولا الصّيام لم يدريا في أيِّ فعلٍ يشرعان من أنواع أفعالهما؛ فيكون تكليفهما بهما مِنْ تكليف ما لا يُطاق وهو محالٌ. وقصة أهل قباء

=

التّرجيح: إذا ثبتت صحَّة الحديث؛ فإنّ الرّاجح ثبوت الكفّارة، وهو مُخَيَّرٌ بين الدِّينار ونصف الدِّينار. والله أعلم بالصّواب. وذلك لمَا يأتي:

١- أنَّ حُجَّة مَنْ لَمْ يُوجب الكفّارةَ دعوى اضطراب الحديث فقد تبيّن صِحَّتُهُ.

٢- ولأنّه وطءٌ مَحْظُورٌ كالوطء في رمضان.

في الحديث السّابق دالّةٌ وشاهدةٌ على هذا.

وأيضاً مفهوم مخالفة قوله -تعالى-: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾[(١)]؛ فإنّه يدلّ على عدم مؤاخذة بما قبل مَجِيء الْمَوعظة من الله سبحانه[(٢)].

وقال في الاستذكار عند شرح حديث جابر السّابق في بيع الجمع: «وفيه أنّ مَنْ لَمْ يعلَم بتحريم الشّيء؛ فلا خرج عليه حتّى يعلَمَ إذا كان ذلك البابُ ممّا يُعْذَرُ الإنسانُ بجَهْله من علم الخاصّة»[(٣)]، والله أعلم بالصّواب، وله الحمدُ والنّعمةُ، وبه العصمةُ والتّوفيقُ.

٣-إذا ادَّعى الْمُطَالَبُ بالزّكاة ما يَمْنَع وجوبها من نقصان الْحول، أو نقصان النّصاب، أو انتقال ملك النّصاب في بعض حوله ونحوه مثل ادّعائه أداءَها، أو أنّ ما بيده من الْمال لغيره... قُبِلَ قَولُهُ؛ لأنّ الأصل براءة ذمّته[(٤)].

٤-استدلَّ بالقاعدة مَنْ لَمْ يوجِب الكفّارةَ العُظْمَى مع القضاء على مَنْ أكل أو شرب متعمِّداً في نِهار رمضان؛ وذلك أنّ الحديث[(٥)] ورد في

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنئع ٢/٢٣٤، والاستذكار ٥/٣٣٥، تفسير القرطبي ٣/٣٤١-٣٤٤، وروضة النّاظر ٢/٣٠٩، وشرح مختصر الرّوضة ١/٢٢١-٢٢٢، و٢/٣٠٩-٣١٤، ومذكّرة أصول ص ٣٦، و٩٨-٩٩، وشرح القواعد للزّرقا ص ١١٥، و١٣١.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥/٣٣٥.

(٤) انظر: كشاف القناع ٢/٢٨٥، وجمهرة القواعد ١/٢٤٦.

(٥) أي: حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجلٌ إلى النّبيِّ ﷺ فقال: هَلَكْتُ يا رسولَ الله! قال: «ومَا أَهْلَكَ؟»، قال: وَقَعْتُ عَلَى امْرأتي في رمضان. قال: «هل تَجدُ مَا تُعْتِقُ رَقَبَةً؟»... الْحديث. أخرجه مسلم في صحيحه ٢/٧٨١، كتاب الصّيام، باب =

الْمُجَامِع، وليس الأكلُ والشّربُ مثلَهُ. وأيضاً إجماعهم أنّ الْمُسْتَقيءَ عامداً عليه القضاء وليس عليه كفَّارةٌ، وهو مفطرٌ عمداً، ولأنّ الذِّمّة بريئةٌ فلا يثبت فيها شيءٌ إلاّ بيقينٍ[1].

=

الْجماع في نهار رمضان على الصّائم...، برقم: (١١١١).وأخرجه من حديث عائشة رضي الله عنها البخاري في صحيحه ١٩٠/٤، كتاب الصّوم، باب إذا جامع في رمضان، بـرقم: (١٨٨٦)، ومسلم في صحيحه ٧٨٣/٢، في الموضع نفسه برقم: (١١١٢).

(١) وهو قول الشّافعية، والحنابلة، والظّاهرية. دليلهم: حديث أبي هريرة رضي الله عنه هذا.
وذهب الحنفية والمالكية إلى وجوب القضاء والكفّارة. وقالوا: كلّ مَنْ أَفْطَر مُتَأوِّلاً فلا كفَّارة عليه، وإنّما الكفَّارة على مَنْ أَفْطَر مُتَعَمِّداً بأكلٍ أو شربٍ أو جِمَاعٍ مع القضاء؛ فالقضاء واجبٌ بالفطر ومع الانتهاك تَتْبَعُهُ الكفَّارةُ.

أدلّتهم:

١- حديث أبي هريرة هذا بلفظ آخر: «أنّ رجلاً أَفْطَرَ في رَمَضَانَ فَأَمَرَهُ رسـول الله ﷺ أن يكفِّرَ بعتْقِ رَقَبَةً...». أخرجه مسـلم في صـحيحه ٧٨٢/٢، في الموضع السّابق نفسه، ومالك في موطّئه ٢٩٦/١، كتاب الصّيام، باب كفّارة مَنْ أَفْطَر في رمضان، برقم: (٢٨)، واللّفظ له، وهذا اللّفظ يَجْمَعُ كُلَّ مُفْطرٍ.

٢- ومن جهة النّظر: أنّ الآكلَ والشَّاربَ في القياس كالْمُجَامِع سواء؛ لأنّ الصَّوم منَ الشّريعة هو: الامْتِنَاعُ منَ الأكل والشُّرب والْجماع، فإذا أَثْبَتَت الشّـريعة من وجه واحد منْها شيئاً، فسبيل نظيره في الحكم سبيله، والنّكتـةَ الْجَامعـة انْتهَاكُ حُرْمَة الشّهر بمَا يُفْسدُ الصَّومَ عمداً من غير عذرٍ ولا سفرٍ، ولا متأوِّل.
وهذا القول أرجح وأسلم في نظري والله تعالى أعلم؛ لما يأتي:

١- لقوّة ما استدلّوا به.

٢- لوجود الْحاجة إلى الزّجر؛ لوجود الدّاعي الطّبيعـي إلى الأكـل والشّـرب والْجماع، وهو الشّهوة، وهي في الأكل والشّرب أكثر؛ لأنّ الجوع والعطش يقلّل شهوة الْجماع؛ فكانت الْحاجة إلى الزّجر عن الأكل والشّرب أَوْلَـى.
وعلى هذا، يمنع القول بعدم جواز إيجاب الكفّـارة بالقيـاس؛ لأنّ الـدّلائل المقتضية لكون القياس حُجَّةً لا يفصّل بين الكفّارة وغيرها.

=

٥-لو امتشط الْمُحْرِمُ فانفصلت من لِحْيَته شعرات، فإنّه لا فدية عليه؛ لأنّ النّتف لم يتحقّق، والأصل براءة الذّمّة[١].

٦-لو جرح الْمُحْرِمُ صيداً وغاب، ولم يعلم أبرئ أم مات؟ فإنّه يضمن ما نقص لا غيره؛ لأنّ الأصل براءة الذّمّة من الزّائد، ولأنّ الأصل حياة الصّيد[٢].

٧-أنّ الْمُحْرِم إذا أحصر ولم يجد هدياً؛ فإنّه يَحِلُّ ولا شيءَ عليه؛ لأنّ الأصل براءة الذّمّة[٣].

٨-أنّه لا جزاء في صيد حرم الْمدينة؛ لأنّ النّبيّ ﷺ لم يَجْعَل فيه جزاءً، والأصل براءة الذّمّة وعدم الوجوب، وهو قول أكثر أهل العلم[٤].

=

٣- ولأنّ انتهاك حرمة شهر رمضان موضع اعتبار الفقهاء، فقد رتّبوا عليه أحكاماً نفياً وإثباتاً.
انظر: مختصر القدوري ص ٦٣، وبدائع الصّنائع ٢/٢٥٤، ورسالة القيرواني ص ١٦١، والمعونة ١/٤٧٦-٤٧٧، والاستذكار ٣/١٩٨-١٩٩، والتّمهيد ٤/٢٥٠-٢٥١، والمقدّمات ١/٢٣٧، وبداية المجتهد ٢/١٧٩-١٨١، وشرحي ابن ناجي وزروق ١/٣٠٣، ومختصر الْمُزني ص ٨٤، والمهذّب ٦/٢٣٢، وإجماع ابن المنذر ص ١٥، ف (١٢٦)، والمجموع ٦/٢٣٢-٢٣٤، ومختصر الخرقي ٤/٣٤٩، والْمغني ٤/٣٦٥-٣٦٦، والشّرح الكبير ٧/٤١٤، ومنتهى الإرادات ١/١٦١، وشرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٠.

(١) هذا أصحّ الوجهين عن الشّافعية. انظر: الوسيط ٦/٢٨٧، وأشباه السّيوطي ص ١٤٣.

(٢) هذا المذهب عند الشّافعية. وقيل: عليه الجزاء كاملاً؛ لأنّه قد صيّره غير مُمْتنع. انظر: المجموع ٧/٢٦٧، وأشباه السّيوطي ص ١٤٤-١٤٥.

(٣) قال الشّيخ ابن عثيمين: «إنّ الصّحابة الذين كانوا مع النّبيّ ﷺ ألفٌ وأربعمائة نفر في الْحديبية، فيهم فقراء ولم يَرِد أنّ الرّسول ﷺ قال لهم: مَنْ لم يَجِدِ الهديَ فَلْيَصُم عشرة أيّام، والأصل براءة الذّمّة». العقد الثّمين ص ٦٥.

(٤) انظر: التّمهيد ١٤/٣٠٥.

والمذهب عند الحنابلة وجوب الجزاء فيه. انظر: الْمغني ٥/١٧٩-١٨٠، والعقد

=

٤- لو تزوّج رجلٌ بامرأة ثم جاءت بولدٍ واختلفا؛ فقال الزّوجُ: إنّك ولدتِ قبل أن يَتِمَّ لعقدِ النّكاح ستةُ أشهرٍ؛ فالولد ليس بثابت النّسب منّي، وقالت الزّوجة: ولدت بعد أن تَمَّ للعقد ستة أشهرٍ؛ فالولد ثابت النّسب منك؛ فالقول قول الزّوجة بيمينها؛ لأنّ الأصلَ معها؛ ولأنّ القول قولها في شغل الرّحم وبراءته ما لم يظهر كذبُها؛ لأنّ الله جعلها أَمينةً على رحمها في قوله: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ ﴾[1]؛ فلولا أنّ قولَها فيه مقبولٌ لما حَرُمَ عليها كِتْمَانُه؛ إذ لا سبيل إلى علمه إلاّ بِخَبَرِها؛ فالقولُ قولُها في دَعْوَى الشُّغْلِ للرَّحِمِ أو البراءة ما لم يظهر كذبها[2].

٥- لوِ اشْتَرَى إنسانٌ شيئاً ثم جاء ليَرُدَّه على البائع بعيبٍ فيه بعد أن كان استعمله استعمالاً يفيد الرّضا به معيباً؛ فقال البائع له: إنَّكَ استعملتَه بعداطّلاعك على العيب فسقط حقُّكَ في الرّدّ، وقال الْمُشْتَرِي: إنّما استعملته قبل الاطّلاع على العيب؛ فالقول قول الْمُشْتَرِي بيمينه؛ لأنّ الأصل سلامة السّلعة الْمبيعة وعدم الاطّلاع على العيب؛ ولأنّ خيار العيب ثبت له حين الشّراء فيتقرّر بقاؤه إلى أن يوجد الْمُسْقِط يقيناً؛ لأنّ ما ثبت بزمانٍ فالأصل بقاؤه حتّى

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٢١١/٢، وأحكام ابن العربي ٢٥٣/١، و٢٥٥، وتفسير القرطبي ١١٣/٣، و١١٧، والذخيرة ١٥٧/١، و٣٢٩/٥، وأشباه السيوطي ص ١٤٧، ومختصر الخرقي ٥٦٣/١٠، والْمغنِي ٤٥٢/١٠-٤٥٣، و٥٦٣-٦٥٨، وشرح القواعد للزّرقا ص ١٣١.

يقومَ الدَّليلُ على خلافه، ودعوى البائع سقوط الخيار الثّابت للمشتري تكون على خلاف الأصل المقرَّر[(١)].

١١-ولو اشترى إنسانٌ شيئاً ثم جاء ليردَّهُ على البائع بخيار الرّؤية، فقال البائع له: إنَّكَ رضيتَ بالْمبيع بعدما رأيته فسقط خيارك، وقال الْمُشتَرِي: رضيتُ به قبل أن أراه فلم يسقط خياري، فالقول قول الْمُشْتَرِي؛ لأنّ الأصل سلامة الْمبيع وعد الرّؤية[(٢)].

١٢-لو أتلف إنسانٌ مالَ غيره، واختلفا في مقداره أو قيمته؛ حيث تَجب قيمته على مُتلفه؛ كالمستعير، والغاصب، والمودع المتعدِّي؛ فإنّ القول قول الْمُتْلَف بيمينه؛ لأنّه ينكرثبوت الزّيادة في ذمّته؛ والأصل براءة الذّمّةَ، حتَّى يثبت الطّالبُ الزّيادةَ بالبيّنة[(٣)].

١٣-لو اختلف البائعُ والْمُشتري في مقدار الثّمن بعد هلاك الْمبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً، أو اختلف الْمُؤجِّر والْمُستأجر في مقدار بدل الإجارة بعد استيفاء الْمنفعة؛ فإنّ القول قول الْمُشْتَرِي والْمُسْتَأجِرِ؛ لفراغ ذمّتهما عن الزّيادة، وعلى البائع والْمُؤجِّر البيّنة لإثباتها[(٤)].

---

(١) انظر: شرح القواعد للزّرقا ص ١٢٩.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٦٣، وشرح القواعد للزّرقا ص ١٣٠، وكشاف القناع ١٦٥/٣، وجمهرة القواعد ٢٤٦/١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ١٥٧/٢، و٢٩١/٤، وأشباه ابن نجيم ص ٥٩، والذّخيرة ٢٦٧/٨، و٣٠٤، والمنثور ٦٨/١، وأشباه السّيوطي ص ١٢٣، و١٤٤، ومختصر الخرقي ٥٢٤/٦، والمغني ٥٢٥/٦-٥٢٥، و١٣٢/١٠-١٣٣، وشرح القواعد للزّرقا ص ١١٤، وجمهرة القواعد ٢٤٥/١.

(٤) انظر: شرح القواعد للزّرقا ص ١٤٤، وجمهرة القواعد ٢٤٥/١.

١٤–لو أَلْقَتْ امرأةٌ رأسين أو أربع أيدٍ لم يَجبْ أكثرُ من غُرَّة؛ لأنّ ذلك يجوز أن يكون من جنينٍ واحد، ويجوز أن يكون من جنينَين؛ فلم تَجب الزِّيادةُ مع الشّكّ؛ لأنّ الأصل براءةُ الذِّمّة[1].

١٥–وإنْ ألقت مُضْغَةً، وشهد ثقَاتٌ من القوابل أنّه مُبْتَدأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ لو بقي تصوَّرَ فلا شيءَ فيه؛ لأنّه لم يُتصَوَّر، فلم يجب فيه؛ كالعلقة، ولأنّ الأصل براءة الذِّمَّة فلا نَشْغَلُها بالشَّكِّ[2].

١٦–لو انْفَصَلَ من امرأة جنينَان؛ ذَكَرٌ وأُنْثَى فاستَهَلَّ أحدُهما، واتّفق الجاني وورثة الْجَنين على ذلك، واختلفوا في الْمُسْتَهِلِّ؛ فقال الْجاني: هو الأُنْثَى، وقال الوارث: هو الذَّكَر ولا بيِّنة؛ فالقولُ قولُ الْجاني مع يمينه؛ لأنّ الأصل براءة ذمَّته من الزّائد على دِيَة الأُنْثَى[3].

١٧–وإن اتَّفقوا على أنّ أحدَهما استهَلَّ و لم يُعْرَفْ بعَيْنه، لا يَجب إلاّ دِيَةُ أُنْثَى؛ لأنّها مُتيَقَّنةٌ، وتَمام دية الذّكر مشكوكٌ فيه، والأصل براءة الذِّمّة منه؛ فلم يجب بالشّك[4].

١٨–لو قلع سنَّ صغير ومات قبل العود، فلا يجب عليه الأرش[5]؛ لأنّ الأصل براءة الذِّمّة؛ والظّاهر أنّه لو عاش لعادت[6].

---

(١) انظر:المغني ١٢/٦٣.

(٢) انظر: المغني ١٢/٦٣.

(٣) انظر: المغني ١٢/٧٧، وهذا في الحقيقة استوى الطّرفان، والله أعلم.

(٤) انظر: المغني ١٢/٧٨.

(٥) الأرش: دِية الْجِرَاحات، وهو ما وجب من المال في الجناية على ما دون النّفس. وجمعه: أُروشٌ وإِراشٌ. انظر: طلبة الطلبة ص ١٣٥، و٣٣٠، والمصباح المنير ص ٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٤.

(٦) هذا هو الأصحّ عند الشّافعية. انظر: أشباه السّيوطي ص ١٥٢.

١٩-لو زاد الْمقتصّ في الْمُوضحة، وقال: حصلت الزّيادة باضطراب الْجانِي،وأنكر، هنا تعارض الأصلان:براءة الذّمة، وعدم الاضطراب، ويرجّح جانب المقتص؛لأنّه وجد في حقّه أصلان:براءة الذّمّة، وعدم الارتعاش، ولأنّ الظّاهر أنّ مَنْ مسَّته آلة القصاص يتحرّك بالطّبع[١].

٢٠-لو أقرّ إنسانٌ لآخر بِمَجهولٍ؛ بأن قال: لفلانٍ عليّ شيءٌ، أو حقٌّ؛ فإنّه يصحّ ويلزمه تفسيره، ويقبل منه أن يبيّنه بِمَا له قيمةٌ، فلو بيّنه وادَّعى المقرّ له أكثر مِمّا بيّن الْمُقرُّ؛ فإنّ القول قَول الْمُقرّ؛ لأنّ الأصل براءة الذّمّة، وعلى الطّالب إثبات الزّيادة، أمّا لو بيّنه بما لا قيمة له فلا يقبل منه بيانه؛ لأنّه بقوله: (له علَيَّ) قد أخبَر عن الوجوب في ذمّته، وما لا قيمة له لا يجب في الذّمّة[٢].

٢١-ولو اخْتَلَفَ في أصل الْجُعل، وقدره؛ فالقول قول الْجَاعِل؛ لأنّه منكر، والأصل براءة ذِمّته[٣].

٢٢-إذا اختلف الوكيل بالبيع مع الْمُوَكِّل في بيع الوكيل العينَ هل كان البيع قبل علمه بالْمَوت أو بالعزل أو بعده؟ وكانت العين الْمَبيعة مستهلكَةً؛ فالقول قول الوكيل وتصرّفه قبل علمه بذلك ماضٍ. والخلاف في هذه المسألة أيضاً مَبْنِيٌّ على الخلاف السّابق في الفرع الأوّل، وهو: النّاسخ يكون نسخاً في حقّ مَنْ لَمْ يبلغه النّسخ أم لا؟

---

(١) وقد قيل بتصديق الْجانِي. انظر: أشباه السّيوطي ص ١٥٣.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٥٩، والذّخيرة ٩/٢٨١-٢٨٣، و٢٨٥، و٢٩٣-٢٩٤، وتمهيد الأسنوي ص ٣٩٢، و٤٠٠، وأشباه السّيوطي ص ١٥٣، وشرح القواعد للزّرقا ص ١١٤.

(٣) انظر: الْمبدع لابن مفلح ٥/٢٦٩-٢٧٠، وجمهرة القواعد ١/٢٤٦.

وهل الْحكم يثبت بِمُجَرَّد وروده وإن لم يبلغ الْمكلَّف أو لا يثبت بحقه إلاّ بعد بلوغه له؟ وتقدّم القول في ذلك[١].

٢٣-لو ادَّعَى الأجير على الحفظ أنّ العينَ هلكتْ بعد تَمام الْمُدّة الْمَعقود عليها فيستحقّ كلّ الأجرة، وقال الْمُسْتَأجِرُ: هَلَكَتْ قبل تَمام الْمُدَّة بكذا أيّاماً، فالقول قول الْمُسْتَأجِر بيمينه؛ لأنّ الْمُقَرَّرَ الثّابتَ فراغ ذِمّة الْمستأجِر على الحفظ من الأجرة، وإنّما تثبت الأجرة في ذمّته بمقدار الْمُدّة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلاً، ولما كان الأصل براءة ذمّة الْمُسْتَأجر الْمُدَّعَى عليه من المقدار الزّائد الذي يدَّعِيه الأجير كان القولُ قولَ الْمُسْتَأجِر بيمينه، ولأنّ القولَ قولُ مَنْ يوافقه الأصل[٢].

٢٤-إذا توجّهت اليمين على الْمُدَّعَى عليه فنَكَل، لا يُقْضَى عليه بِمُجرّد نكوله؛ لأنّ الأصل براءة ذمّته، بل تعرض على الْمُدَّعِي[٣].

٢٥-الْمستعير لو ادَّعَى ردّ العارية؛ فإنّ القول قوله؛ لأنّ الأصل براءة ذمّته[٤].

وقد ظهر أثر القاعدةِ في الفرق بين مسائلَ مُتَشَابِهةٍ أحياناً كما يلاحظ في المسائل الآتية:

---

(١) انظر: روضة النّاظر ٣٠٩/٢، وشرح مختصر الرّوضة ٢٢١/١-٢٢٢، و٣٠٩/٢-٣١٤، ومذكّرة أصول الفقه ص ٩٨، وشرح القواعد للزّرقا ص ١١٥، و١٣١، وجمهرة القواعد ٢٤٦/١.

(٢) انظر: شرح القواعد للزّرقا ص ١٢٨.

(٣) انظر: تنقيح الفصول ص ١٥٧-١٥٨، والذّخيرة ٣٢٨/٥-٣٢٩، وأشباه السّيوطي ص ١٢٣.

(٤) انظر: شرح القواعد للزّرقا ص ١١٤، وجمهرة القواعد ٢٤٤/١.

٢٦- إذا ادَّعى الْمُرتَهِن تلف الرّهن وهو ممَّا يُغاب عليه -أي: ممّا يُمكن إخفاؤه-، لم يُقْبَل قوله، ولزمه الغُرم، وإذا ادَّعى الوديعُ تلفَ الوديعة، قُبِلَ قولُه، وفي كلا الْموضعين الدّعوى فيما يغاب عليه موجودةٌ؛ لأنّ الْمُرتَهن ضامنٌ غير أمين فلَمْ يُقْبَل قوله فيما يغاب عليه، والوديع مُؤْتَمَنٌ مقبول القول فيما يذكره إلاّ أن يوجد خلافه.

وأيضاً الرّهن إن كان يغاب عليه حصل في ذمّة الْمُرْتَهن؛ لأنّه قبضه لِحَقّ نفسه، فَلَم يُقْبَل قوله في تلفه؛ لأنّه مُدَّعٍ براءةَ ذمّته؛ إذ هي في الأصل مشغولةٌ، والوديعة ليست في ذمّة الوديع؛ لأنَه قبضه لِمَنفَعة ربّ الْمال دون منفعة نفسه، فكان القول قوله في التّلف؛ لأنّ الأصل براءة الذّمّة فلهذا افترقا[١].

٢٧- لو كان بالْمبيع ثلاثة عيوب: عيبٌ ثبت قدَمُهُ عند البائع، وعيبٌ ثبت حدوثُهُ عند الْمُشْتَرِي، وعيبٌ شُكَّ فيه هل حدث عند البائع، أو عند الْمُشْتَرِي؟ يبتدأ باستعلام ما عند الْمشتري، فإن اختار الرّدّ بالعيب القديم فقد انْحَلَّ البيع، فيكون القولُ قولَهُ في العيب الْمشكوك فيه أنّه لم يَحدث عنده، استصحاباً لكونه بريءَ الذّمة من الغرامة، فَيُرَدّ العبد ولا يردّ عنه قيمة نقصٍ.

وإنْ اختار الْمشتري التَّمسك بالعبد وأخذ قيمة العيب، كان القولُ قولَ البائع في العيب الْمشترك فيه؛ أنّه لَمْ يَحدث عنده استصحاباً لكونه بريءَ الذّمة ولَم يثبت له عليه إلاّ غرامة عيبٍ واحدٍ[٢].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٢٩١/٤، والمنتقى ٢٣٥/٧، والذّخيرة ٣٢٩/٥، و٨/١٠٨-١١٣، والمنثور ٦٧/١، ومختصر الخرقي ٥٢٤/٦، والمغني ٥٢٦/٦، و١٠/١٣٢-١٣٣.

(٢) انظر: الذّخيرة ٣٣٠/٥، ومعين الحكّام على القضايا والأحكام ٢/٤٣٦-٤٣٧.

٢٨- لو تنازع الزّوجان في مقدار الصّداق بعد الطّلاق وقبل البناء؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأنّ الأصل براءة الذّمّة؛ فإن نكل حلفت وأخذت مُدَّعاها، وكذلك إن ماتَتْ قبل البناء فادّعَى ورثتها تسميته، وادّعَى الزّوج تفويضه. بخلاف ما لو اختلفا قبل البناء من غير موت ولا طلاق؛ فإنّ القول قولها؛ لأنّ بُضعها بيدها فلا يَجب عليها تسليمه إلاّ بما ترضى. وإن كان بعد البناء فالقول قول الزّوج مع يَمينه؛ لأنّها مَكَّنَتْهُ وتدَّعِي شغل ذِمَّته والأصل براءها[1].

من مستثنيات القاعدة:

بالنّظر إلى الفروع الفقهية، يعلم أنّ الفقهاء قد رتّبوا بعض الأحكام على خلاف هذه القاعدة منها:

٢٩- إذا قال الرّجلُ لزوجته: إذا حضْت أو حَملْت فأنت طالقٌ، فقالت: حضْتُ أو حَملْتُ؛ فقولها مقبولٌ؛ لأنّ الله جعلها أَمينةً على رحمها في قوله: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ﴾[2]؛فلولا أنّ قولَها فيه مقبولٌ لما حَرُمَ عليها كِتْمَانُه؛ إذ لا سبيل إلى علمه إلاّ بِخَبَرِها؛ فالقولُ قولُها في دَعْوَى الشُّغْل للرَّحِم أو البراءة ما لم يظهر كذبها[3].

٣٠- ولو قال: راجَعْتُها، فقالت: قد انقضت عِدَّتي، فالقول قولها[4].

---

(١) انظر: الذّخيرة ٤/٣٨٠-٣٨٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٣) انظر: أحكام الجصاص ٢/٢١١، وأحكام ابن العربي ١/٢٥٣، و٢٥٥، والذخيرة ١/١٥٧، و٥/٣٢٩، وأشابه السيوطي ص ١٤٧، والمغني ١٠/٤٥٢-٤٥٣.

(٤) انظر: أحكام الجصاص ٢/٢١١، وأحكام ابن العربي ١/٢٥٦، و٣٣٠، ومختصر

٣١- الوديعُ إذا ادّعى ردَّ الوديعة أو التَّلَفَ؛ فإنّ دعواه تخالف الظّاهر، ومع ذلك فالقول قوله؛ لأنّه مؤتَمَنٌ مقبولٌ القولَ مع أنّ الأصل براءة ذمّته(١).

=

الخرقي ١٠/٥٦٣، والمغني ١٠/٥٦٣-٥٦٧.

(١) انظر: فتح الباري ٥/٣٣٤، وشرح القواعد للزّرقا ص ١١٤، والمُغْنِي ٦/٥٢٦، و١٠/١٣٢-١٣٣، و٤٥٣، وجمهرة القواعد ١/٢٤٤.

المبحث الثّاني: القاعدةُ السّتّون [٦٠]

[البيِّنَة على المُدَّعِي واليمين على مَنْ أنْكَر]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في عدّة مَواضع:

أوّلاً: ذكرها مُبَيِّناً سبب اختلاف الفقهاء فيما إذا اختلف الزّوجان في قدر الصّداق فيمَنْ يُعْتَبَرُ قوله؟؛ حيث قال:

«واختلافهم مَبْنِيٌّ على اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ: **(البَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)**[١]، هل ذلك مُعَلَّلٌ[٢] أو غير مُعَلَّلٍ؟ فَمَن قال مُعَلَّلٌ قال: يحلف أبداً أقواهما شُبْهَةً؛ فإن استويا تَحالفا وتفاسخا، ومَنْ قال:

---

(١) وهو من حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما تقدّم تخريجه في القاعدة [٥٩] الدّليل الثّالث من أدلّة القاعدة.

وأخرجه التّرمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبي عن جدّه في سننه ٦٢٦/٣، كتاب الأحكام، باب ما جاء أنّ البيّنة على المُدَّعي... برقم: (١٣٤١)، وقال في إسناده مقالٌ. وقال النّووي في شرح مسلم ٢٣٠/١٢: «إنّه حسنٌ أو صحيحٌ»، وانظر: شرح منتهى الإرادات ١٥٧/٦.

(٢) أيّ: أنّ المعنَى الذي من أجله وجب على المدَّعِي إقامة البيِّنة على دعواه؛ هو تجرّد دعواه عن سبب يدلّ على صدقه فيما يدَّعيه، فصار جانبه أضعف فطولب بأقوى الحجّة.

والمعنَى الّذي من أجله طولب مَنْ أنكر باليمين هو أنّ جانبه أقوى؛ لأنّ له سبباً يدلّ على صدقه وهو كون السّلعة بيده إن كانت الدّعوى في شيء معَيَّن، أو كونُ ذمّته بريئةً على الأصل في براءة الذّمم إن كانت الدّعوى فيما بذمّةٍ، فصار جانبه أقوى فطولب بأضعف الحجة.

فإنْ كان للمدّعي سببٌ يدلّ على تصديقه فهو أقوى من سبب المدَّعَى عليه.

انظر: بداية المجتهد ٤٤٠/٤-٤٤١، و٥٤٣، وتقدّم الحديث عنه في القاعدة [٥٩] عند معناها الإجمالي مما يغني عن الإعادة.

غير مُعَلَّلٍ قال: يحلف الزّوج؛لأنّها تقرّ له بالنّكاح وجنس الصّداق، وتـدَّعِي عليه قدراً زائداً؛ فهو مُدَّعًى عليه»[١].

ثانياً: ذكرها أصلاً من أصول الشّرع المجمع على صحّتها والتي تمسّك بها الفريق النّافي لوجوب الحكم بالقسامة[٢]؛ حيث قال: «من الأصول: أنّ **البيِّنةَ على مَنِ ادَّعَى واليمين على مَنْ أنْكَر**»[٣].

ثالثاً: ذكرها بياناً لسبب اختلاف الفقهاء في مسألة ثبوت حقّ المـدَّعِي بالأيمان؛ حيث قال: «وأمّا الأيمان؛ فإنّهم اتّفقوا على أنّها تبطل بها الدّعوى عن المدَّعَى عليه إذا لم تكن للمدَّعِي بينةٌ.

واختلفوا هل يثبت بها حقّ المدَّعِي؟

فقال مالك: يثبت بها حقّ المدَّعِي في إثبات ما أنكره المدَّعَى عليه، وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادَّعَى الذي ثبت عليـه إسـقاطه في

---

(١) بداية المجتهد ٣/٥٥.

(٢) القَسَامَةُ؛ مصدر: أقسم، يُقسم، قسماً وقَسَامَةً.

وهي في عرف الفقهاء: أَيمانٌ يَحلفها وليُّ الدَّم عند وجود قتيلٍ في مَحلَّة لَم يُعرَف قاتلُهُ، وبينه وبينهم لَوث، أو هي: أَيمَانٌ يَحلفُها أهل المَحلَّةَ المُتَّهَمُون بالقَتلَ.

انظر: النّهاية ٤/٦٢، والمصباح المنير ص ١٩٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٣٠.

وصورتها: أن يُقْسِمَ أولياء الدّم خمسين يَميناً ويستحقّون الدّمَ في العمد والدِّيَـةَ في الخطأ، إذا ادّعَوا على رجلٍ قَتْلَ صاحبهم ومعهم دليلٌ دون البيِّنة، أو يقسم المدَّعى عليهم بالدّم. وخُصَّ القسمُ على الدَّم بلفظ القسامة، وقال إمام الحرمين: القسامة عند أهل اللّغة اسم للقوم الذين يقسمون، وعند الفقهاء اسم للأيمان.

انظر:بدائع الصّنائع٦/٣٥٢،ورسالة القيرواني ص٢٣٤، والفواكه الدّواني٢/١٩٥، وحدود ابن عرفة٢/٦٢٨، وفتح الباري١٢/٢٤٠، ومعجم لغة الفقهاء ص٣٣٠.

(٣) بداية المجتهد ٤/٣٦٠. والحديث تقدّم تخريجه ضمن أدلّة القاعدة (٥٩).

الموضع الذي يكون المدَّعِي أقوى سبباً وشبهةً من المدَّعَى عليه.

وقال غيره: لا تثبت للمدَّعِي باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حقٍّ عن نفسه قد ثبت عليه، أو إثبات حقٍّ أنكره فيه خصمه.

وسبب اختلافهم تردّدهم في مفهوم قوله: (**البيِّنةُ على مَنِ ادَّعَى واليَمِينُ علَى مَنْ أنْكَرَ**)، أَذلك عامٌ في كلّ مدَّعًى عليه ومُدَّعٍ، أم إنّما خُصَّ المدَّعِي بالبيِّنة والمدَّعَى عليه باليمين؛ لأنّ المدَّعي في الأكثر هو أضعف شبهةً من المدَّعَى عليه، والمدَّعَى عليه بخلافه؟ فمَن قال: هذا الحكم عامٌ في كلّ مدَّعٍ ومدَّعًى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال: لا يَثْبُتُ باليمين حقٌّ، ولا يسقط به حقٌّ ثبت، ومَنْ قال: إنّما خُصَّ المدَّعَى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شُبْهَةً، قال: إذا اتّفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدَّعِي أقوى، يكون القول قوله»[1].

خلاصة ما ذكره الإمام ابن رشد هنا هو ما تقدّم تقريره في القاعدة التّاسعة والخمسين أنّه لا يعني أنّ الْمَدَّعِي على خلاف الأصل دائماً، ولا أنّ القولَ قولُ المنكرِ مطلقاً؛ لأنّه على وفق الأصل، وإنّما الذي يفهم من قاعدة: البيّنة على المدَّعِي واليمين على المنكر، أنّ مَنْ له سببٌ يدلّ على صدقه فالقول قوله؛ لأنّ جانبه أقوى فيطالب بأضعف الحجّتين وهو اليمين، فإذا لم تكن للمدَّعِي بيِّنةٌ، ونكل المدَّعَى عليه، رُدَّتِ اليمين على المدَّعِي فاستحقّ الحقّ؛ لأنّ نكول المدَّعَى عليه ضعّف جانبه، فإذا انضمّ إليه يمين المدَّعِي قوي جانبه، فصار القول قوله واستحقّ الحقّ بيميه. والله -تعالى- أعلم.

---

(١) بداية المجتهد ٤/٤٤٠-٤٤١، وانظر: تكملة المجموع ١٢/١١١.

رابعاً: ذكرها في مسألة من مسائل صفة قضاء القاضي وهي: متى يحلف الْمُدَّعَى عليه؟ يعني: متى تلزم الْمُدَّعَى عليه اليمين، هل بِمُجَرَّد الدّعوى نفسها أم لا يحلف حتّى يثبت الْمُدَّعِي الْخُلْطة؟ حيث قال: «وإذا كان -القضاء- في المال؛فهل يحلفه المدَّعَى عليه بنفس الدّعوى أم لا يحلفه حتّى يثبت المدَّعِي الخلطة؟ اختلفوا في ذلك، فقال جمهور فقهاء الأمصار[١]: اليمين تلزم المدَّعَى عليه بنفس الدّعوى لعموم قوله ﷺ : (البيّنةُ على الْمُدَّعِي واليمينُ على الْمُدَّعَى عليه)[٢]، وقال مالك: لا تجب اليمين إلاّ بالمخالطة[٣]، وقال بها السّبعة من فقهاء المدينة»[٤].

توثيق القاعدة:

هذه قاعدةٌ جليلةٌ شائعةٌ مشهورةٌ عند الفقهاء وعلماء القواعد الفقهية، مذكورةٌ في كتب المذاهب الفقهية، وتدخل في أبوابٍ كثيرةٍ؛

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، والهداية ٣/١٥٥-١٥٦، والقوانين الفقهية ص ١٩٩-١٩٩، وشرح مسلم ١٢/٢٣٠، وشرح منتهى الإرادات ٦/٥٣٩، و٥٤٥.

(٢) من حديث ابن عبّاس -رضي الله عنهما-، المتقدّم تخريجه ص ١٢٠٠، ١٢١٧.

(٣) واختلفوا في تفسير الخلطة، فقيل: هي معرفته بمعاملته ومدينته أبشاهد أو بشاهدين؟ وقيل: تكفي الشّبهة، وقيل: هي أن تليق به الدّعوى بمثلها على مثله. وقيل: أن يليق به أن يعامله بمثلها.

انظر: شرح مسلم ١٢/٢٣٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٧٧.

قال النّووي في شرح مسلم ١٢/٢٣٠: «ودليل الجمهور حديث الباب -يعني: حديث ابن عبّاس: لو يُعْطَى النّاسُ بِدَعْواهُم...-، ولا أصل لاشتراط الخلطة في كتاب ولا سنة ولا إجماع».

(٤) بداية المجتهد ٤/٤٥٣.

معاملات ودعاوى، وما مِنْ كتابٍ مؤلّفٍ في الفقه الإسلامي إلاّ وقد ذكرها وتكلّم[١] عنها سواء في بابِ المعاملات، أم باب القضاء والدّعاوى والمرافعات والشّهادات، كلٌّ بأسلوبه، وبوّب بها المحدِّثون في كتبهم[٢]، وقد تواصلت جهود أهل العلم قديماً وحديثاً[٣]، خلفاً عن سلفٍ، فعناية أهل العلم بالقاعدة، وسهولة الوقوف عليها في كتبهم تغنِي عن ذكر ألفاظهم لها، ويكفي أنّها نصُّ حديث النَّبيّ ﷺ ، وقول الصّحابي، كما سيأتِي عند الحديث عن معنَى البيّنة، وأدلّة القاعدة.

شرح مفردات القاعدة:

البيِّنة: في اللّغة مؤنَّث البين، و(بينة) مفرد، والجمع بيّنات. قال في المصباح المنير: «بان الأمر يبين فهو بينٌ، وجاء بائنٌ على الأصل، وأبان إبانةً،

---

(١) انظر على سبيل المثال: مختصر القدوري ص ٢١٤، وبدائع الصّنائع ٣٣٢/٥، و٣٣٦-٣٣٩، و٣٤٤-٣٤٨، و٣٥٤/٦، والهداية ١٥٥/٣، و٢١٧/٤، ورسالة ابن أبي زيد ص٢٤٥، والمعونة ١٥٤٣/٣، و١٥٦٧، والاستذكار ١٢٦/٦، و٢٠٩/٧، و٢١٣، والتّمهيد ٢٣٦/١٢، و٢٥٦/١٤، والمقدّمات ٣٠٣/٣، والذّخيرة ٥١/١١، ومختصر المزني ص ٤١٢، و٤٢١، والمهذّب ٦٤٣/٣، وأشباه السّيوطي ص ٧٥٩، و٧٧٠، وتكملة المجموع ١١١/١٢، و٤٦/١٨، والمغني ٢٢٠/١٤، و٢٧٥، وزاد المستقنع ص ١٦٢-١٦٤.

(٢) انظر: سنن أبي داود ٤٠/٤، وسنن التّرمذي ٦٢٦/٣، والاستذكار ٢١٣/٧، وعارضة الأحوذي ٨٦/٦، و٨٩، وشرح مسلم ٢٢٩/١٢، وفتح الباري ٣٣١/٥.

(٣) وقد اعتنَى بها من المعاصرين الذين ألّفوا في القواعد الفقهية، انظر على سبيل المثال: شرح القواعد الفقهية للزّرقا ص٣٦٩-٤١٠، قاعدة: [٧٥-٧٩] مادّة [٧٦-٨٠]، والوجيز للبرنو ص٧٦، وجمهرة القواعد ١٩٧/١، قاعدة: [٦]، وقواعد الحريري ص ١١٨، ونظام القضاء ص ١٣٣، والمدخل لدراسة الشّريعة ص ٨١، كلاهما للدّكتور زيدان.

وبَيَّن وتبيَّن واستبان؛ كلّها بِمعنَى الوضوح والانكشاف، والاسم: البيان»[١].

وحاصل ذلك أنّ مادّة (بين) وما اشتقّ منها تدور حول الظّهور والانكشاف والوضوح والتّجلِّي[٢].

واصطلاحاً فيه مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّ البيّنة الواردة في كلام الله -تعالى- ورسوله وكلام الصّحابة مراد بها الشّهادة المثبتة للدّعوى، وهو مذهب جمهور فقهاء الأمصار[٣].

المذهب الثّاني: أنّ كلمة (البيّنة) اسمٌ لكلّ ما يبين الحقّ ويظهره، عقليةً كانت أو مَحسوسةً، ولم تقتصر بالشّهادة، بل كلّ ما يثبت به الْمُدَّعِي صحّة دعواه من الدّليل والحجّة فهو بيِّنةٌ. وبه قال بعض المحقِّقين[٤].

---

(١) المصباح المنير للفيومي ص ٢٧.

(٢) انظر: المفردات ص ٤٥، ومختار الصّحاح ص ٧٢، وأنيس الفقهاء ص ٨٨، والمصباح المنير ص ٢٧.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، وبدائع الصّنائع ٣٩٨/٥، والهداية ١١٦/٣، والتّلقين ص ٥٣٨-٥٤٣، والمعونة ١٥٤٠/٣-١٥٤٣، ومختصر المزني ص ٤٠٥-٤٠٩، و٤١١، والمهذّب ٦٢١/٣، و٦٢٢، و٦٤٦-٦٤٧، و٦٦٨، وفتح الباري ١٧٣/٥، و٥٧٠/١١، و١٨٨/١٣، والعدّة ٢٣٦/٢-٢٣٧، و٢٤٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٢٥/٦-٥٢٦، و٥٢٩، و٦٠٠، و٦٣٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٩٥، وطرائق الحكم ص ١٧.

(٤) كالرّاغب الأصفهانِي وعمر النّسفي، وسيبويه وابن العربي وابن قيم وابن فرحون وابن حجر والبهوتِي.
انظر: المفردات ص ٤٥، وطلبة الطّلبة ص ٢٧٨، وأنيس الفقهاء ص ٨٨، والتّمهيد ٢٦٣/١٤، وعارضة الأحوذي ٨٧/٦، والذّخيرة ٥١/١١، والفروق ٨٨/٤، وفتح =

قال في التّلقين: ((والبيّنات تختلف باختلاف الحقوق المشهود بها من التّوسعة والتّضييق، والضّعف والتّأكيد، وما تدعو إليه الضّرورة؛ فيجوز فيه ما لا يجوز في غيره، وجملته ثلاثة أنواع: شهادةٌ ويمينٌ، وكتابُ قاضٍ إلى قاضٍ، وتزيد على ذلك رابعاً وهو معنًى يقتضيه شاهد الحال))[١]. زاد في المعونة: ((وربّما أغفلنا شيئاً يجري-مجرى-ما ذكرناه))[٢].

وجاء في عارضة الأحوذي:((-الْمسألة-الأولى في تحقيق البيّنةما هي؟ وهي كلّ مَعْنًى تبيَّن به للقاضي وجه الحكم والفصل بين الْمُتَنَازِعَين))[٣].

جاء في فتح الباري: ((البيِّنةُ لا تَنْحَصِر في الشّهادة، بل كلّ ما كشف الحقَّ يُسَمَّى بيِّنةً))[٤].

قال في الطّرق الحكمية: المراد بالبَيِّنَة في عرف الشّرع: هو كلّ ما يُصَحِّحُ دعوى الْمُدَّعِي؛ لِيَحكمَ له، والشّاهدان من البَيِّنَة، ولا ريب أنّ غيرها من أنواع البَيِّنة قد يكون أقوى منها؛ كدلالة الحال على صدق الْمُدَّعِي؛ فإنّها أقوى من دلالة إخبار الشّاهد.

والدّلالة والحجّة والبرهان والآية والتّبصرة والعلامة والأمارة متقارِبَةٌ

=

الباري ١٧٣/٥، و٥٧٠/١١، والطّرق الحكمية ص ٢٢، و١١٨-١٢٥، وإعلام الموقّعين ص ٧٩، وشرح منتهى الإرادات ٥٢٨/٦، و٥٤٠، و٦٠٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ٩٥، وقواعد الحريري ص ١١٨-١١٩.

(١) التّلقين للقاضي عبد الوهّاب ص ٥٣٨، ويعني بـ (شاهد الحال): قرائن الأحوال؛ كاللَّوْث والشّبهة.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ١٥٤٣/٣، وانظر: الطّرق الحكمية ص ٢٣.

(٣) عارض الأحوذي لابن العربي ٨٧/٦.

(٤) فتح الباري لابن حجر ١٧١/١٣.

في المعنَى.

فالشّارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال، بل مَن استقرى الشّرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار مرتّباً عليها الأحكام.

وبالجملة فالبيّنة اسمٌ لكلّ ما يُبَيِنُ الحقّ ويظهره، ومَنْ خصّها بالشّاهدين، أو الأربعة، أو الشّاهد لم يوفِّ مُسمّاها حقّه، ولم تأتِ البيّنة قطّ في القرآن مراداً بها الشّاهدان، وإنّما أتت مراداً بها الْحُجّة والدّليل والبرهان مفردةً ومجموعةً[(١)].

وقال فيه أيضاً: ((البيّنة ما يبين الحقَّ من قولٍ وفعلٍ ووصف))[(٢)].

يفهم من هذا المنقول أنّ البيّنة ليست قاصرةً على شهادة الشّهود، بل إنّ شهادة الشّهود إحدى أنواع البيّنات الشّرعية، بل ذكر في الطّرق الحكمية من البيّنات ستة وعشرين طريقاً، ولم يحصرها في ذلك[(٣)].

وجاء في منتهى الإرادات: ((والبيّنةُ: العلامةُ الواضحةُ؛ كالشّاهد فأكثر))[(٤)].

وجاء في شرح منتهى الإرادات: ((البيّنةُ اسمٌ لِمَا بيَّن الحقَّ))[(٥)].

---

(١) انظر: الطّرق الحكمية ص ٢٢-٢٣. وانظر منه: ٣٧، و١١٨-١٢٥، وإعلام الموقّعين ص ٧٩.

(٢) الطّرق الحكمية لابن القيم ص ١٢٢.

(٣) انظر: الطرق الحكمية ص ٢٣. وشرح منتهى الإرادات ٦/٥٤٠، وطرائق الحكم ص ١٨.

(٤) منتهى الإرادات لابن النّجار الفتوحي ٢/٣٨٥، وانظر: شرح منتهى الإرادات ٦/٦٠٠.

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتِي ٦/٥٤٠، وانظر: ٦٠٠.

الأدلّة:

استدلّ الجمهور لِما ذهبوا إليه من أنّ البيّنة يراد بها الشّهود بالقرآن الكريم والسّنة:

أوّلاً: من القرآن الكريم آياتٌ منها:

١-قوله -تعالى-: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[1].

٢-قوله -تعالى-: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾[2].

٣-قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[3].

وجه الاستدلال من هذه الآيات الكريمات؛ حيث عُدَّتْ شهادة الشّهود هي البيّنة يُطالَب بها عند الحكم، ولم تذكر غيرها، فدلّ على أنّ البيّنة المراد بها الشّهادة[4].

ثانياً: من السّنة أحاديثُ منها:

قوله ﷺ: «شاهداك أو يَمينه»[5].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٢) سورة النّور، الآية: ٤.

(٣) سورة الطّلاق، الآية: ٢.

(٤) انظر: طرائق الحكم ص ١٩.

(٥) من حديث الأشعث، أخرجه البخاري في صحيحه ٥/٣٣١-٣٣٢، كتاب الشّهادات، باب اليمين على الْمُدَّعَى عليه في الأموال والحدود، برقم: (٢٥٨٧)، ومسلم في صحيحه ١/١٢٢-١٢٣، كتاب الإيمان، باب وعيد مَنِ اقتطع حقّ مسلمٍ بِيَمينٍ فاجرةٍ بالنّار، برقم: (١٣٨)، واللّفظ للبخاري.

وجهه الاستدلال منه؛ حيث جعل النَّبيّ ﷺ شاهدَيه بيِّنةً[١].

ويجاب عنه بأنّ تفسيره: الْمُثْبِتُ لَكَ ما تدّعيه شاهداك، وتأويله: الْمثبت لك هو شهادة شاهدَيك[٢].

واستدلّ أصحاب القول الثاني القائلون إنّ البيّنة أعمّ من شهادة الشّهود، وأنّها اسمٌ لكلّ ما يُبيِّنُ الحقّ ويظهره ويكشفه، بالقرآن الكريم والسّنة المطهّرة والآثار.

أوّلاً: من القرآن الكريم آياتٌ منها:

١-قوله -تعالى-: ﴿فَإِن كَذَّبُوكَ فَقَدْ كُذِّبَ رُسُلٌ مِّن قَبْلِكَ جَآءُو بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَٱلزُّبُرِ وَٱلْكِتَٰبِ ٱلْمُنِيرِ﴾[٣].

٢-قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُّوحِىٓ إِلَيْهِمْ ۚ فَسْـَٔلُوٓا۟ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾ بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَٱلزُّبُرِ﴾[٤].

٣-قوله -تعالى-: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ﴾[٥].

٤-قوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾[٦].

ووجه الاستدلال منها؛ حيث دلّت على أنّ لفظ البيّنة في كتاب الله اسمٌ لكلّ ما يبين الحقَّ ويظهره، ولم يختصّ بشهادة الشّاهدين، فالمراد

---

(١) انظر: فتح الباري ١٧٣/٥، و١١/٥٧٠، و١٣/١٧١.

(٢) وهو تفسير سيبويه للحديث. انظر: فتح الباري ١٧٣/٥، و١١/٥٧٠.

(٣) سورة آل عمران، الآية: ١٨٤.

(٤) سورة النّحل: ٤٣-٤٤.

(٥) سورة الحديد، الآية: ٢٥.

(٦) سورة البيّنة، الآيات: ١-٤.

بالبيّنة في الآية الأولى: الدّلالات من الحجج العقليّة والبراهين النّقليّة[١]، وفي الثّانية: الحجج والبرهان[٢]، وفي الثّالثة: الأدلّة من المعجزات البيّنة والشّرائع الظّاهرة، والشّواهد والعلامات الدّالّة على صدق ما جاؤوا به وحقيقته[٣]، وفي الرّابعة: محمّد رسولٌ من الله ﷺ[٤].

٥-قوله -تعالى-: ﴿وَلَوْ نَشَآءُ لَأَرَيْنَٰكَهُمْ فَلَعَرَفْتَهُم بِسِيمَٰهُمْ ۚ وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِى لَحْنِ ٱلْقَوْلِ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ أَعْمَٰلَكُمْ﴾[٥].

ووجه الاستدلال منه؛ حيث جعل الله تعالى السّيما -وهي حال يظهر على الشّخص وعلامتهم التي هي كالوسم في وصفهم- بيِّنةً أقيمت مقام الشّهود في الدّلالة على معرفة الرّسول ﷺ لِما يضمره المنافقون مِنْ حقد على الرّسول ﷺ[٦].

٦-وقوله -تعالى-: ﴿وَجَآءُوٓ أَبَاهُمْ عِشَآءً يَبْكُونَ﴾[٧].

وجه الاستدلال منه؛ حيث أتوا به ليكون إتيانُهم متأخِّراً عن عادتهم، وبُكاؤهم دليلاً لهم، وقرينةً على صدقهم[٨].

٧-وقوله تعالى: ﴿وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾[٩].

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٢٨٨/٤، وتفسير السّعديّ ص ١٥٩.
(٢) انظر: تفسير القرطبي ٩٨/١٠، وتفسير السّعديّ ص ٤٤١.
(٣) انظر: تفسير القرطبي ٢٢٢/١٧، وتفسير السّعديّ ص ٨٤٢.
(٤) انظر: تفسير القرطبي ١٣١/٢٠-١٣٤، وتفسير السّعديّ ص ٩٣١.
(٥) سورة محمّد، الآية: ٣٠.
(٦) انظر: تفسيرالقرطبي٢١٤/١٦، وتفسير السّعديّ ص٧٨٩،وطرائق الحكم ص٢٣.
(٧) سورة يوسف، الآية: ١٦.
(٨) انظر: تفسير السّعديّ ص ٣٩٥.
(٩) سورة يوسف، الآية: ١٨.

وجه الاستدلال منه؛ من وجهين:

أوّلهما: أنّ إخوة يوسف جعلوا دم سخلة أو جَدْي ذبحوه، وأرادوا أن يجعلوه علامةَ صدقهم، وبرهاناً لإقناع أبيهم وإقامةً للحجّة عليه، فدلّ على أنّ البيّنة غير محصورةٍ في شهادة الشّهود[١].

الوجه الثّاني: أنّ يعقوب عليه السّلام تَمسّك بصحّة القميص وسلامته من التّنييب على أنّ الدّم مكذوبٌ فيه، وجعلها حجّةً وبرهاناً وبيِّنةً على كذبهم، وذلك أنّه نظر إلى ثوبه وَشَمَّهُ وقبّله، وجعل يقلّبه و لم يرَ فيه شقّاً ولا تمزيقاً، وقال: والله الذي لا إله إلاّ هو، ما رأيت كاليوم ذئباً أحكم منه؛ أكل ابْني واختلسه من قميصه و لم يُمَزّقه عليه؟ فسلامة القميص بيِّنةٌ واضحةٌ مُكْشِفَةٌ لكذبهم؛ إذ لا يمكن افتراس الذّئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص من التّخريق[٢].

قال في الجامع لأحكام القرآن: «قال علماؤنا -رحمة الله عليهم-: لَمّا أرادوا أن يَجعلوا الدّم علامةً على صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامةً تعارضها، وهي سلامة القميص من التّنييب؛ إذ لا يمكن افتراس الذّئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص من التّخريق». ثم قال:

«استدلّ الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمَارات في مسائلَ من الفقه؛ كالقسامة وغيرها، وأجمعوا على أنّ يعقوب عليه السّلام استدلّ على كذبهم بصحّة القميص، وهكذا يجب على النّاظر أن يلحظ الأمارات

---

(١) انظر: أحكام ابن العربي ٣/ ٤٠، وتفسير القرطبي ٩/ ١٢٩، وتفسير السّعديّ ص ٣٩٥.

(٢) انظر: الاستذكار ٦/ ١٢٥-١٢٦، وأحكام ابن العربي ٣/ ٤٠، وتفسير القرطبي ٩/ ١٢٩-١٣٠، وتفسير السّعديّ ص ٣٩٥-٣٩٦.

والعلامات إذا تعارضت، فما ترجّح منها قضى بجانب التّرجيح، وهي قوّة التّهمة، ولا خلاف بالحكم بها»[١].

٨-وقوله -تعالى-: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[٢].

وجه الاستدلال منه؛ حيث جُعِلَ قُدُّ القميص برهاناً مُبيِّناً مُكْشِفاً للكاذب من الصّادق[٣].

وقد يعترض معترضٌ على الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين فيقال: إنّهما وردتا في شرع مَنْ قبلنا، وشرع مَنْ قبلنا لا يلزمنا؛ فيجاب عنه بما يلي:

١-أنّ كلّ ما أنزل الله علينا؛ فإنّما أنزله لفائدة فيه ومنفعة؛ قال الله -تعالى-: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ﴾[٤]، وقد استدلّ بالآية الكريمة ابن عبّاس -رضي الله عنهما- على مشروعية سجود التّلاوة في سورة ص لما سُئِلَ رضي الله عنهما: «من أين أخذتَ سجدة ص؟»، فقال: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ﴾[٥] إلى قوله: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ﴾[٦]؛ فكان داود مِمَّن أُمِرَ نَبيُّكُم أن

---

(١) تفسير القرطبي ٩/١٢٩-١٣١.

(٢) سورة يوسف، الآيتان: ٢٦-٢٧.

(٣) انظر: الاستذكار ٦/١٢٥-١٢٦، وأحكام ابن العربي ٣/٤٠، وتفسير القرطبي ٩/١٢٩-١٣٠، وتفسير السّعديّ ص ٣٩٥-٣٩٦.

(٤) سورة الأنعام، الآية ٩٠.

(٥) سورة الأنعام، الآية: ٨٤.

(٦) سورة الأنعام، الآية ٩٠.

يقتدي به؛ فسجدها داود، وسجدها رسول الله ﷺ[(١)]؛ فهو تصريحٌ صريحٌ عن ابن عبّاس -رضي الله عنهما- في دخول سجدة سورة ص في الهدى المذكور في الآية[(٢)].

٢-قال في فتح الباري: «ففي هذا أنّه استنبط مشروعية السّجدة فيها -سورة ص- من الآية... وسبب ذلك كون السّجدة التي في ص إنّما وردت بلفظ الرّكوع[(٣)]؛ فلولا التّوقيف ما ظهر أنّ فيها سجدةً»[(٤)]. وقال في موضعٍ آخر: «واستُدلَّ بهذا على أنّ شرعَ مَنْ قبلنا شرعٌ لنا»[(٥)].

٣-ولأنّ شرع مَنْ قبلنا بين طرفين وواسطة[(٦)]:

الطّرف الأوّل: فطرفٌ يكون فيه شرعاً لنا إجماعاً، وهو ما ثبت بشرعنا أنّه كان شرعاً لِمَن قبلنا ثم ثبت بشرعنا أنّه شرعٌ لنا؛ كالصّيام؛ فإنّ الله صرّح أنّه شرعٌ لِمَنْ قبلنا، وأنّه شَرَعَه لنا في قوله: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ**

---

(١) والحديث أخرجه البخاري في صحيحه ٨/٤١٥، كتاب التفسير، باب سورة ص، برقم: (٤٦٢٢).

(٢) انظر:فتح الباري٢/٦٤٣،و٨/٤١٥-٤١٦،ومذكّرة أصول الفقه ص١٩٣-١٩٤.

(٣) يعني قوله تعالى: ﴿**وَظَنَّ دَاوُۥدُ أَنَّمَا فَتَنَّٰهُ فَٱسۡتَغۡفَرَ رَبَّهُۥ وَخَرَّۤ رَاكِعٗاۤ وَأَنَابَ**﴾ [سورة ص: ٢٤].

(٤) فتح الباري لابن حجر ٢/٦٤٣.

(٥) فتح الباري لابن حجر ٨/٤١٦.

(٦) انظر: مقدّمة ابن القصار ص ٣٠٦، والاستذكار ٦/١٠٢، ومذكّرة أصول الفقه ص ١٩٢-١٩٦.

﴿لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[١]، وكذلك القصاص كان شرعاً لِمَن قبلنا في قوله: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ الآية[٢]، ثم شُرِعَ لنا بقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ الآية[٣].

الطّرف الثّاني: طرفٌ يكون فيه غير مشروعٍ لنا إجماعاً؛ فهو أيضاً أمران:

أحدهما: ما لم يثبت في شرعنا أصلاً؛ كالمأخوذ من الإسرائيليّات.

والثّاني: ما ثبت بشرعنا أنّه كان شرعاً لهم وصرح في شرعنا بنسخه؛ كالإصر والأغلال التي كانت عليهم كما في قوله -تعالى- ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾[٤]، وقد ثبت في صحيح مسلم أنّه ﷺ لمّا قرأ قوله: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾[٥]، قال الله: «قد فعلتُ»[٦].

والواسطة: هي ما ثبت بشرعنا أنّه شرعٌ لِمَنْ قبلنا، ولم يصرّح بنسخه في شرعنا، والذي عليه الجمهور أنّه شرعٌ لنا؛ وذلك أنّه ما ذكر لنا في شرعنا إلاّ لنعمل به، سواء أكان شرعاً لِمَن قبلنا أم لا؟، وقد دلّت على ذلك آياتٌ كثيرةٌ؛ كتوبيخه تعالى لِمَنْ لَمْ يعقل وقائع الأمم الماضية كما في قوله -تعالى-: ﴿وَإِنَّكُمْ لَتَمُرُّونَ عَلَيْهِم مُّصْبِحِينَ ﴿١٣٧﴾

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٣.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٤٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٧٨.

(٤) سورة الأعراف، الآية: ١٥٧.

(٥) سورة البقرة الآية: ٢٨٦.

(٦) تقدّم تخريجه من أدلّة القاعدة [٣].

﴿وَبِٱلَّيۡلِۚ أَفَلَا تَعۡقِلُونَ﴾[١].

ثانياً: من السّنة المطهّرة أحاديثُ منها تدلّ على أنّ البيِّنَةَ أعمّ:

١-قصّة غلامين من الأنصار في قتل أبي جهل في الصّحيحين[٢]، وفيها أنّ النّبيّ ﷺ قال: «أَيُّكُمَا قَتَلَهُ؟»، فقال كلّ واحد منهما: أنا قَتَلْتُ. فقال: «هل مَسَحْتُما سَيْفَيْكُمَا؟»، قالا: لا. فنظر في السَّيفَين فقال: «كلاكما قَتَلَه».

وجه الاستدلال منه؛ هو اعتماد النّبيّ ﷺ في وقوفه على حقيقة القاتل، وكيفية قتلهما، أو في قضائه بسلب[٣] القتيل على وجود أثر الدّم في السّيف، دون أن يطالبهما بشهادة الشّهود، ولذلك سألهما أوّلاً: هل مَسَحْتُما سَيفَيْكُما أم لا؟[٤].

٢-قصّة قتل أبي رافع عبد الله بن أبي الْحُقيق، ويقال له: سلاّم بن أبي الحقيق[٥]، قال في تبصرة الحكّام: «لما دخل أصحاب رسول الله ﷺ في بيته ليلاً فضرب عبد الله بن عتيك بسيفه، وغرز السّيف في بطنه حتّى خرج من ظهره، فلمّا أتوا رسول الله ﷺ نظر في سيوفهم فوجد في ذلك السّيف أثر الطّعام فقال: هذا قتله»[٦].

---

(١) سورة الصّافّات: ١٣٧-١٣٨، وانظر: تفسير القرطبي ١٥/١٠٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٦/٢٨٤، كتاب فرض الْخُمْس، باب مَنْ لَمْ يُخَمِّسِ الأسلابَ، برقم: (٣٠٣٦)، ومسلم في صحيحه ٣/١٣٧٢، كتاب الجهاد والسّير، باب استحقاق القاتل سلب المقتول، برقم: (١٧٥٢)، واللّفظ له.

(٣) السَّلَب: هو ما يوجد مع المحارب من ملبوس وغيره. انظر: فتح الباري ٦/٢٨٥.

(٤) انظر: شرح مسلم ١٢/٢٨٨، وفتح الباري ٦/٢٨٦، وطرائق الحكم ص ٢٦.

(٥) أخرجها البخاري في صحيحه ٧/٣٩٥، كتاب المغازي، باب قَتْل أبي رافع، برقم: (٣٨٩٠).

(٦) التّبصرة لابن فرحون نقلاً عن طرائق الحكم ص ٢٦.

٣-والاستدلال الآخر من القصّة نفسها؛ أنّ فيها الحكم بالدّليل والعلامة؛ لاستدلال ابن عتيك على أبي رافع بصوته، واعتماده على صوت النّاعي بِموته[١].

٤-وكذلك حكمه ﷺ بموجِب اللَّوث، وتَنْزيله إيّاه منْزلة الشّاهد، وجعله لأولياء الدّم أن يحلفوا معه[٢].

والرّاجح هو مذهب مَنْ قال: إنّ البيِّنة اسمٌ لكلّ ما يُبيِنُ الحقّ ويُظْهِرُهُ ويَكْشِفُهُ، وليست قاصرةً على شهادة الشّهود، وذلك لما يلي:

١-قوّة أدلّتهم وصراحتها ووضوح دلالتها على أنّ البيّنة اسمٌ لكلّ ما يبين الحقّ، وهذا متّفق مع مقاصد الشّريعة الإسلامية، وقواعد العامّة المبنيّة لإيجاد العدل وإظهار الحق.

٢-أنّ النَّبيّ ﷺ قد نصّ على الحكم بالقسامة، والقافة، والقرعة، والقرائن، وهذه أمورٌ زائدةٌ على الشّهود فتكون من البيّنة[٣].

٣-أنّ في عصرنا الحاضر بفضل الله تعالى توصّل علم البشر إلى اكتشافات ووسائل حديثة ومتنوّعة يمكن الاستئناس بها في معرفة بعض الحقوق، أو تقريبها؛ مثل: الفيديو والصور الفوتوغرافية، بأنواعها وغيرها كثيرةٌ؛ فحصر البيّنة على شهادة الشّهود فقط تعطيلٌ لهذه الوسائل. والله -تعالى- أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

---

(١) انظر: فتح الباري ٧/٤٠٠.

(٢) سيأتي تخريج حديث القسامة في القاعدة (٦٣) الخاصّة بها.

(٣) انظر: ومنتهى الإرادات ٢/٢٧٩، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٥٥، والطّرق الحكمية ص ٢٣، وطرائق الحكم ص ٢٩.

الْمُدَّعِي والْمدَّعَى عليه:اختلفت عبارات[1] الفقهاء في حدّ الْمُدَّعِي والْمُدَّعَى عليه، ولعلّ أدقّها تعريف صاحب الذّخيرة ومَنْ وافقه وهو:

أنّ الْمدَّعِي هو: أضعف الْمُتَدَاعِيَين سبباً، أي: المرجوح السّبب، يعني: مَن كان قوله على خلاف أصلٍ أو ظاهرٍ؛ فهو الْمُدَّعِي الذي عليه البيِّنةُ؛ كان ذلك الظّاهر عادةً أو قرينةً حاليةً أو مقاليةً.

والْمُدَّعَى عليه هو: أقوى الْمُتَدَاعِيَين شُبْهَةً، أي: أرجحهما سبباً، يعني: كلّ مَنْ كان قولُهُ على موافقة أصلٍ أو ظاهرٍ؛ فهو الْمُدَّعَى عليه يُصَدَّقُ مع يمينه. وكان هذا الحدّ أدقّ؛ لأنّه ليس كلّ طالبٍ مُدَّعِياً ولا كلّ مطلوبٍ مُدَّعًى عليه، فكان النّظر إلى جنبة كلّ مِنَ الْمُتَدَاعِيَين أولى[2].

والدّعوى: طلبُ معيَّنٍ، أو ما في ذمّة معيَّنٍ، أو أمرٍ يترتّب له عليه نفعٌ معتبرٌ شرعاً عند الحاكم[3].

اليمين لغةً: مفرد، وهي مؤنّثة، وجمعها: أَيْمُن وأَيْمَان، واليمين لفظ مشترك بين عدّة معانٍ منها:

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، وبدائع الصّنائع ٣٣٦/٥، و٣٤٨، والهداية ١٥٥/٣، وعقد الجواهر ١٠٧٥/٣، والفواكه الدّواني ٢٣٩/٢، والمهذّب ٦١٨/٣، وفتح الباري ٣٣٤/٥، وتكملة المجموع ٣١٥/٢٢، والمغني١٤/٢٧٥، وزاد المستقنع ص ١٦٤، وشرح منتهى الإرادات٦/٦٠٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٨٨، وجمهرة القواعد ص١٩٩-٢٠١.

(٢) انظر: الذّخيرة للقرافي ١١٧/٦-١١٨، و١١/٨-٩، والفروق ٧٥/٤، والمقدّمات ١٩٠/٢-١٩١، والقوانين الفقهية ص ١٩٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٢/٥، والذّخيرة ٥/١١، وتكملة المجموع ٣١٦/٢٢، وشرح منتهى الإرادات ٦٠٠/٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٨٥.

- القوّة، كما في قوله -تعالى-: ﴿ فَرَاغَ عَلَيْهِمْ ضَرْبًا بِالْيَمِينِ ﴾[(١)].
- اليد، كما في قوله -تعالى-: ﴿ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ﴾[(٢)].
- الحلف والقسم، وسُمِّي الحلف والقسم يَميناً؛ لأنّ العرب في الجاهلية كانوا إذا تَحالَفوا وضع كلٌّ منهم يدَه اليُمْنى في يد صاحبه اليُمَنى، أو لأنّ الحالف يتقوّى بقسمه كما أنّ اليد اليمنى أقوى من اليسرى[(٣)].

وشرعاً: هي اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المطلوب، وتكون بالحلف بالله تعالى، أو باسم من أسمائه، أو صفة من صفاته[(٤)].

وهي مشروعةٌ في حقّ كلّ مُدَّعًى عليه، سواء كان مسلماً أم كافراً، عدلاً أم فاسقاً، امرأةً أم رجلاً، وتُشْرَع اليمين في جميع الحقوق المالية وما يَجري مجراها، أمّا ما ليس بمالٍ ولا يقصد به مال فلا تُشْرَع فيه اليمين كثبوت النّكاح والطّلاق والرّجعة والرّقّ والولاء والاستيلاد والنّسب والقذف والقّصاص والفيء والإيلاء؛ لأنّ البدل لا يدخل هذه الأشياء فلم يستحلف فيها كحقوق الله -تعالى-، أمّا لو قصد من هذه الحقوق مالٌ كصداقٍ أو عوض الطّلاق ونحوه فإنّه تُشْرَع فيه اليمين[(٥)].

---

(١) سورة الصّافّات، الآية: ٩٣.

(٢) سورة الحاقّة، الآية: ٤٥.

(٣) انظر: المفردات ص ٥٥٤، ومختار الصّحاح ص ٧٤٥، والمصباح المنير ص ٢٦١.

(٤) لحديث ابن عمر رضي الله عنه، أنّ النّبيّ ﷺ قال: «مَنْ كان حالفاً فلا يحلف إلاّ بالله...».أخرجه البخاري في صحيحه٧/١٨٢،كتاب فضائل أصحاب النّبيّ ﷺ ، باب أيّام الجاهلية برقم: (٣٧٠٠)، ومسلم في صحيحه ٣/١٢٦٧، كتاب الأيمان، باب النّهي عن الحلف بغير الله تعالى برقم:(١٦٤٦).

(٥) ومذهب الشّافعية والظّاهرية أنّه يستحلف في كلّ حقٍّ لآدميٍّ، وقول بعض الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة. انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤-٢١٦، وبدائع الصّنائع =

وأدلّة هذه القاعدة تدلّ على مشروعية اليمين في دفع الدّعاوى أو إثبات الحقوق المالية أو ما تؤول إليها، وقد أجمعت الأمّة على مشروعية اليمين في القضاء لفصل المنازعات منذ عصره ﷺ حتّى اليوم[١]. وسوف تأتي فوائد مشروعيتها إن شاء الله تعالى.

معنَى القاعدة الإجمالي:

هذه قاعدةٌ قضائيةٌ جليلةٌ من قواعد أحكام الشّرع، اعتَنَى بها العلماء قديماً وحديثاً[٢]، وهي من الأصول الْمُطّردة في طرائق الإثبات الْمَنُوطة بالقضاء، لفصل الحكومة والتزام الحقّ، والمقصود منها أنّ مُجرّد الدّعوى لا يُثْبِتُ الحقَّ، وأنّ حكم الحاكم وقضاء القاضي يجب أن يكون مستنداً إلى الحجج الشّرعية، وهي: الإقرار والبيّنة واليمين في مجلس الحكم، وأنّ الإنسان إذا ادَّعَى لنفسه حقّاً؛ فإنّ الحاكم يسأله: هل له مُثْبتٌ؟، وهو البيّنة التي تثبت أنّ الْمُدَّعَى به له؛ لأنّ الثّابت بالبيّنة كالثّابت بالمعاينة، وفي حالة عدم وجود البيّنة منه فإنّ الدّعوى لا تبطل بذلك، ولا تبرأ ذمّة الْمُدَّعَى عليه بِمُجرّد ذلك حتّى يؤدِّي الأيمان فتبطل

=

٣٣٦/٥، و٣٣٩-٣٤١، و٣٤٦، والهداية ١٥٧/٣،و١٥٩-١٦٠،ورسالة ابن أبي زيد ص٢٤٥،والاستذكار١٢٠/٦،وعقد الجواهر١٠٧٨/٣، ومختصر المزني ص٤١٤،والمهذّب٦٧٨/٣-٦٧٩،والمغني١٤/٢٢٢-٢٢٣،و٢٣٦-٢٣٧،و٢٧٥، والعدّة ٢٥٥/٢-٢٥٦، و٢٥٨، ومنتهى الإرادات ٤١٤/٢-٤١٥، وشرح منتهى الإرادات ٧٠٨/٦، والمحلّى ٤٥٨/٨، و٤٦٦-٤٦٧.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٨/٥، و٣٤١/٥، وطرائق الحكم ص ١٨٥.

(٢) تقدّمت الإشارة إلى بعض الْمُعاصرين الذين بحثوا القاعدة عند الكلام عن توثيقها ص ١١٩٩.

بها الدّعوى عنه، ومشروعية البيّنة والأيمان في جميع الدّعاوى سواء في الأموال أم الدّماء وغير ذلك؛ فمعنَى القاعدة: شريعة المسلمين وسُنَّتُهُم في دعاوى الحقوق دماء كانت أو أموالاً لا يُقْضَى فيها بالدّعوى الْمُجَرَّدَة، وأنّ البيّنة على أضعف الْمُتَدَاعِيَين شُبْهَةً، واليمين على أقواهما شُبْهَةً[1].

ويشترط لوجوب اليمين شروط منها[2]:

١-الإنكار؛ لأنّها وجبت للحاجة إلى دفع التّهمة، وهي تهمة الكذب في الإنكار، فإذا كان مُقرّاً فلا حاجة؛ لأنّ الإنسان لا يُتَّهَم في الإقرار على نفسه.

٢-الطّلب من الْمُدَّعِي؛ لأنّها وجبت على الْمُدَّعَى عليه حقّاً للمُدَّعي، وحقّ الإنسان قِبَلَ غيره واجب الإيفاء عند طلبه، وإن أحلفه قبل الْمُطَالَبَة لم يُعْتَدَّ بها؛ لأنّها يَمينٌ قبل وقتها، ولأنّ المؤثّر هو نيّة الحاكم، فإذا حلف مِنْ غير استحلافه نوى ما لا يَحنث به، فيجعل ذلك طريقاً إلى إبطال الحقوق.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، وبدائع الصّنائع ٣٤٧/٥، والهداية ١٥٥/٣-١٥٦، و٢٢٢/٤، والاستذكار ١٢٧/٦، و٢١٢/٧، والمقدّمات ١٩٢/٢، وبداية المجتهد ٤٤٠/٤، وعقد الجواهر ١٠٧٥/٣، والذّخيرة ١١/١١، و٥١، والمهذّب ٦١٨/٣، ٦٤٣، وفتح الباري ٣٣١/٥، و٥٧١/١١، و٢٤١/١٢، و٢٤٥، وتكملة المجموع ٢٦٨/٢٢، ٢٨٩، وشرح منتهى الإرادات ٥٢٧/٦، و٥٣٦، والعدّة ٢٢٨/٢، ونظام القضاء ص ١٦٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٩٣/٣، و٣٣٨/٥-٣٤١، و٣٥٧/٦، والهداية ١٥٦/٣-١٥٧-١٥٩، والاستذكار ١٢٠/٦، وعقد الجواهر ١٠٧٩/٣، ومختصر المزني ص ٤١٤، المهذّب ٦١٨/٣-٦١٩، و٦٧٩، والمغني ٢٣٨/١٤، و٢٧٧، والعدّة ٢٢٨/٢، و٢٥٦، وشرح منتهى الإرادات ٥٣٧/٦، و٥٣٩، و٧٠٩، وشرح القواعد ص ٣٧٦.

٣-أَنْ لا يكون الْمُدَّعَى به حقّاً لله عزّ وجلّ خالصاً، فلا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقّاً لله عزّ وجلّ؛ كحدّ الزّنا والسّرقة والشّرب؛ لأنّ الاستحلاف لأجل النّكول، ولا يُقْضَى بالنّكول في الحدود الخالصة؛ لأنّه إمّا بذلٌ -أي: إباحة وتَبرُّع- أو إقرارٌ فيه شبهة العدم، والحدود لا تحتمل البذل، ولا تثبت بدليلٍ فيه شبهة، ولهذا لا تثبت بشهادة النّساء، والشّهادة على الشّهادة.

أمّا الحدود غير الْمُتَمَحِّضة حقّاً لله تعالى بل يشوبها حقّ العبد؛ كحدّ القذف؛ فإنّه يجري فيه الاستحلاف؛ لأنّه أشبه التّعزير، وفي التّعزير حلفٌ كذا هذا، وأيضاً يجري الاستحلاف في القصاص في النّفس والطّرف؛ لأنّ القصاص خالص حقّ للعبد.

٤-أن يكون الْمُدَّعَى به محتملاً للإقرار به شرعاً؛ بأن كان لو أقرّ به لصحّ إقراره به، فإن لم يكن كذلك لم يجر فيه الاستحلاف، مثاله: مَنِ ادَّعى على رجلٍ أنّه أخوه، ولم يَدَّعِ في يده ميراثاً؛ فأنكر لا يحلف؛ لأنّه لو أقرّ له بالأخوّة لم يجز إقراره؛ لكونه إقراراً على غيره وهو أبوه.

أمّا لَوِ ادَّعى أنّه أخوه، وأنّ في يده مالاً من تركة أبيه، وهو مستحقٌّ لنصفه من الميراث فأنكر، يحلف لأجل الميراث لا للأخوّة؛ لأنّه لو أقرّ أنّه أخوه صحّ إقراره في حقّ الإرث حتّى يؤمر بتسليم نصف الميراث إليه، ولم يصحّ في حقّ النّسب فلا يقضى بأنّه أخوه.

قال في الْمُقدّمات: «إنّ قول النّبيّ ﷺ : البيّنة علَى مَنِ ادَّعى، واليمين على مَنْ أَنْكَر، عامٌّ في جميع الدّعاوى من الأموال والدّماء وغير ذلك، وخاصٌّ فيما تَجَرَّدت دعواه من الْمُتَدَاعيَين عن سببٍ يدلّ على صدق قوله والله أعلم». ثم قال:

«وهذه جملةٌ لا اختلاف بين أحدٍ من أهل العلم فيها، وما يوجد من الاختلاف بينهم في التّداعِي ليس بِخارج عن هذا الأصل، إنّما هو اختلافهم في قوّة السّبب الدّالّ على تصديق أحد الْمُتَدَاعِيَين وضعفه عن ما يؤدِّيه الاجتهاد إلى كلّ واحدٍ منهم»[١].

وجاء في عارضة الأحوذي: «قواعد الشّريعة أنّ البيّنةَ على مَنِ ادَّعَى، واليمينَ على مَنْ أَنْكَر، حكمٌ شرعه الله -تعالى- لحكمةٍ هي مصلحةُ الخلق، بيّنها رسول الله ﷺ بقوله: (لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدعاويهم؛ لادَّعَى قومٌ دِمَاءَ قومٍ وأَمْوالَهُمْ، لَكِنَّ البيّنةَ على الْمُدَّعِي، واليَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)، وليس في هذه القاعدة خلافٌ، وإن كان الخلافُ في تفاصيل الوقائع التِي تَتَخرّج على هذه القاعدة»[٢].

وقد قيل: أيّما رجلٍ عَرَفَ الْمُدَّعِي من الْمُدَّعَى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما[٣]. ولا شكّ أنّ تَمْيِيز القاضي الْمُدَّعِي من الْمُدَّعَى عليه من أهمّ الأمور التِي تعينه على إصابة الْحقّ في الأحكام التِي يصدرها؛ ذلك أنّ الشّارع جعل عبءَ الإثبات في الدّعوى على الْمُدَّعِي، وعبء دفعها باليمين على الْمُدَّعَى عليه إن لم يستطع الْمُدَّعِي إثباتها بالبيّنة، وهذا الأمر هو مدار القضاء وعموده[٤].

---

(١) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٢/١٩٢.

(٢) عارضة الأحوذيّ لابن العربي ٦/٨٦-٨٧. وانظر: الذّخيرة ٦/١١٧-١١٨، وشرح صحيح مسلم للنّووي ١٢/٢٣٠، وفتح الباري ٥/٣٣٤.

(٣) نُسبَت هذه العبارة إلى الإمام سعيد بن المسيّب.
انظر: المقدّمات٢/١٩٢، والقوانين الفقهية ص١٩٧، والفواكه الدّواني٢/٢٤٠.

(٤) انظر: الهداية ٣/١٥٥، والمراجع السّابقة.

فالْمُدَّعي، هو كلّ مَنْ يُخالف قولَهُ أصلٌ، أو عرفٌ، أو ظَّاهرٌ؛ فيُكَلَّف إقامةَ البيِّنة على دعواه ولا يُمَكَّن من اليمين، والْمدَّعَى عليه بخلافه؛ فهو كلّ مَنْ عضد قولَهُ أصلٌ أو عرفٌ أو ظاهرٌ؛ فيُمَكَّنُ اليمينَ ولا يُكَلَّف إقامةَ البيِّنة.

وقيل: الْمدَّعِي هو الذي إذا سَكَتَ تُرِكَ وسُكوتُهُ، والْمُدَّعَى عليه مَنْ لا يخلى إذا سكت. والأوّل أشهر، والثّاني أسلم(١).

وقد اتَّضح بعد تدقيق النّظر في تفاريع القاعدة أنّها تَحتاج إلى كثيرٍ من إعمال الفكر والتّأمّل لدى التّطبيق، وإلى هذا، الإشارة في شرح الْمَجلّة: ((وهذا الباب مزلقةٌ عظيمةٌ للحكّام والْمُفْتِين؛ فينبغي التّنبُّهُ في حادثات الفتوى والْحُكم))(٢).

من أدلّة القاعدة:

هذه القاعدة هي بنفسها حجّةٌ شرعيةٌ، ودليلٌ من أدلّة الأحكام لثبوته عن النَّبيّ ﷺ في قوله:

١-((لو يُعْطَى النّاس بدعواهم لادَّعَى رجالٌ أموالَ قومٍ ودمَاءَهم، ولَكِنَّ البَيِّنَةَ على الْمُدَّعي واليَمينَ على مَنْ أنْكَر))(٣). وهو نصٌّ صريحٌ.

٢-وقوله ﷺ : ((بَيِّنَتُكَ أو يَمينه))، وفي لفظٍ: ((شاهداك أو يَمِينُه))(٤).

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٢١٤،والهداية٣/١٥٥،والمقدّمات٢/١٩١-١٩٢، والذّخيرة٥/٣٢٩-٣٣٠، و٤٥٨، وزاد المستقنع ص ١٦٤، وفتح الباري٥/٣٣٤.

(٢) شرح المجلّة للأتاسي ١/٢٦. وانظر: جمهرة القواعد الفقهية ص ١٢٤٤.

(٣) تقدّم تخريجه عند مناسبة هذه القاعدة.

(٤) من حديث الأشعث المتقدّم تخريجه، وهذا اللّفظ عند البخاري في صحيحه ١١/٥٦٦، كتاب الأيمان والنّذور، باب قول الله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾، [آل عمران: ٧٧]، برقم: (٦٤٤٢).

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على أنّ الحاكم يسأل الْمُدَّعِي هل له بَيِّنَةٌ يُثْبِتُ بها دعواه؟ وإلاّ فيحلف له الْمُدَّعَى عليه[١].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة -كما سبق في مطلع توثيقها- جليلةٌ شائعةٌ، مذكورةٌ في كتب المذاهب الفقهية في أبوابٍ كثيرةٍ، و بخاصة في المعاملات ومجالات القضاء والدّعاوى[٢].

قال في المقدّمات: «وهذه جملةٌ لا اختلاف بين أحدٍ من أهل العلم فيها، وما يوجد من الاختلاف بينهم في التّداعِي ليس بِخارج عن هذا الأصل، إنّما هو اختلافهم في قوّة السّبب الدّالّ على تصديق أحد الْمُتَدَاعِيَين وضعفه على ما يؤدِّيه الاجتهاد إلى كلّ واحدٍ منهم»[٣].

قال في عارضة الأحوذي: «وليس في هذه القاعدة خلافٌ، وإن كان الخلاف في تفاصيل الوقائع التي تَتَخرّج على هذه القاعدة»[٤].

مسألة: عِلِّيَّةُ جَعْلِ البيّنة في جنبة المدّعي واليمين في جنبة الْمُنْكِر:

المقصود من هذه الجزئية: هل هذه القاعدة معلّلة أم غير معلَّلة؟

فَمَن قال غير معلَّلةٍ قال: إنّ الشّرع قد جعل جنس البَيِّنَة في حَيِّز الْمُدَّعِي وجنس اليمين في حيِّز المدَّعَى عليه، فوجب كونُ البيِّنة مختصّةً دائماً للمُدَّعِي لا تطلب من غيره بحالٍ، وكونُ اليمين أيضاً مختصّةً دائماً

---

(١) انظر: فتح الباري ١١/٥٧١، وقواعد الحريري ص ١١٨.

(٢) انظر: المراجع السّابقة عند توثيق القاعدة.

(٣) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٢/١٩٢.

(٤) عارضة الأحوذيّ لابن العربي ٦/٨٦-٨٧.

للمُنكر لا يجوز طلبها من غيره لئلاّ ينقلب الأمرُ[1].

والصّحيح أنّ القاعدة معلّلةٌ، وأنّ معنَى القاعدة: أنّ البيِّنةَ لما كانت كإقرار، وأقوى الحجّتَين؛ لأنّها لا تعتريها تُهْمَةٌ؛ طُلبَت من أضعف الْمُتَدَاعِيَين شُبْهَةً وهو الْمُدَّعِي، واليمين لما كان أضعفَ الحجّتَين طُلب من أقواهما شُبْهَةً وهو المدَّعَى عليه؛ لأنّ يده شاهدةٌ له، ولا يعني أنّ اليمين محصورةٌ دائماً في حيّز المنكر لا يجوز طلبه من المدَّعي[2].

ومِمّا يدلّ على هذا ما ثبت أنّ النَّبيّ ﷺ قضى بشاهد ويمين المدَّعي[3].

ووجه الاستدلال؛ حيث قضى ﷺ بشاهد واحد ويمين المدَّعِي؛ إذ لو كان اليمين خاصّاً بالمنكر لما جاز ذلك؛ فدلَّ على أنّ البيّنة برهان أضعف الْمُتَدَاعِيَين، واليمين لأقواهما، وهنا انضمّ شاهدٌ واحدٌ إلى يمين الْمُدَّعِي بالإضافة إلى نكول الْمُنْكر فصار جانبه أقوى، فنُزلت شهادةٌ واحدةٌ ويمينه ونكول المنكر منْزلة بيِّنة[4].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٢١٤، وبدائع الصّنائع ٣٣٦/٥-٣٣٧، و٣٥٤/٦، وبداية المجتهد ٤٥٤/٤، والمهذّب ٦١٨/٣-٦٢١، و٦٤٦، و٦٦٨، وتكملة المجموع ١١١/١٢، والطّرق الحكمية ص ٩٤، والعدّة ٢٢٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٣٩/٦، و٦١٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٦/٥-٣٣٧، والهداية ١٦٩/٣، والمعونة ١٣٤٥/٣، و١٥٦٩، وبداية المجتهد ٤٦٢/٣، و٤٤٠/٤، و٤٥٤، ومختصر المزني ص٤٢١، وتكملة المجموع ١١١/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٣٩/٦-٦١٠، ونظام القضاء ص ١٦٢.

(٣) من حديث ابن عبّاس رضي الله عنه، أخرجه مسلم في صحيحه ١٣٣٧/٣، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشّاهد برقم: (١٧١٢).

(٤) انظر: معالم السّنن ٣٣/٤، وشرح مسلم ٢٣١/١٢، والطّرق الحكمية ص ٩٤-٩٥، و١٠٨.

وهذه المسألة -علّيّة القاعدة- هي أصلُ اختلاف الفقهاء في كثيرٍ من المسائل أذكر منها ما يَجري مجرى تطبيقات للقاعدة:

١-مسألة توجيه اليمين على الْمُدَّعي لإثباتً حقٍّ له:

لا خلاف بين الفقهاء أنّ الأيمان تُوَجَّهُ على الْمُدَّعَى عليه، وتبطل بها الدّعوى عن الْمُدَّعَى عليه إذا لم تكن للمُدَّعِي بيِّنةٌ(١).

واختلفوا هل تُوَجّه الأيمان على الْمُدَّعِي ويثبت بها حقّه؟ على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّ اليمين في الدّعاوى كلِّها تُوَجَّهُ على مَنْ ليست له بيِّنةٌ؛ فقد تُوَجَّهُ على الْمُدَّعِي كالْمُدَّعَى عليه، ويثبت بها حقّ الْمُدَّعِي في إثبات ما أنكره الْمُدَّعَى عليه ونكل عن اليمين، وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادَّعَى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون الْمُدَّعي أقوى سبباً وشبهةً من الْمُدَّعَى عليه. وبه قال المالكية والشّافعية وقولٌ للحنفية وبعض الحنابلة(٢).

المذهب الثّاني: أنّه لا تردّ اليمين على الْمُدَّعِي، ولا تثبت دعوى باليمين، سواء كانت في إسقاط حقٍّ عن نفسه قد ثبت عليه، أم في إثبات حقٍّ أنكره خصمه، ويحكم على الْمُدَّعَى عليه بنكوله بعد أن يكرّر

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، والهداية ٢١٧/٤، والاستذكار ١٢٦/٦، وبداية المجتهد ٤٤٠/٤، و٤٤٦، وعقد الجواهر ١٠٧٥/٣، وشرح مسلم ٣٤٢/٢.

(٢) قال به أبو يوسف ومحمّد بن الحسن من الحنفية. انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٩/٥، والمعونة ١٥٤٨/٣، و١٥٦٩، والتّمهيد ٥٨/١٢، والاستذكار ١٢٠/٦، و١٢٥، وبداية المجتهد ٣٦٨/٤، و٤٤٠، وعقد الجواهر ١٠٧٥/٣، وإحكام ابن دقيق ص ٨٩٤، ومختصر المزني ص ٤١٤-٤١٥، والمهذّب ٦٦٦/٣، وفتح الباري ٥٧١/١١، و٢٤٧/١٢-٢٤٨، وتكملة المجموع ٢٧٣/٢٢، والعدّة ٢٢٩/٢، وإعلام الموقّعين ص ٨٦٦.

عليه اليمين ثلاثاً. وبه قال الحنفية والحنابلة[١].

دليلهم: أنّه لما كانت الشّهادة لإثبات الدّعوى، واليمين لإبطالها، وجب إن نكل عن اليمين أن تحقّق عليه الدّعوى، وأمّا نقلها من الْمُدَّعَى عليه إلى الْمُدَّعِي فهو خلاف النّصّ؛ لأنّ اليمين قد نُصَّ على أنّها دلالة الْمُدَّعَى عليه ليس غير[٢].

ويُجاب عن هذا بأنّ مقصود الحديث بيانُ مَنْ تتوجّه عليه البيّنة، ومَنْ تتوجّه عليه اليمين ابتداءً في الرّتبة الأولى، لا بيان حال مَنْ تتوجّه عليه مطلقاً؛ بدليل أنّ المنكر قد يقيم البيّنة إذا ادَّعَى وفاء الدَّين؛ فكذلك اليمين قد تتوجّه في حقّ الْمُدَّعِي في الرّتبة الثّانية[٣].

وأيضاً يقال إنّ اليمين يَمينان:

إحداهما: يَمينٌ رافعةٌ دافعةٌ نافيةٌ مُبْرِئَةٌ، وهي التي على الْمُنْكِر لا تتعدّاه، وهي المقصودة بالأصل براءة الذّمّة.

والثّانية: يَمينٌ جالبةٌ، وهي التي تتوجّه على الْمُدَّعِي مع شاهده، وليستا واحدةً فلم يبطل الحصر[٤].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، و٢١٦، والهداية ٣/١٥٦-١٥٧، و٤/٢١٧، وبداية المجتهد٤/٤٤٠، و٤٤٦،والعدّة ٢/٢٢٨-٢٢٩،و٢٥٦،والطّرق الحكمية ص ٩٤-٩٥، وشرح منتهى الإرادات٦/٥٣٩-٥٤٠، و٥٤٥،ومعالم السّنن٣/٧٨٢.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: الذّخيرة ١١/٤٦، و٧٩.

(٤) انظر:معالم السّنن ٣/٧٨٢، و٤/٣٣، وعارضة الأحوذي ٦/٩٠، وبداية المجتهد ٤/٤٤١، والذّخيرة ١١/٥٣، و٦٦، و٧٨، والقوانين الفقهية ص ٢٠٢، ومختصر المزني ص ٣٣٧، وطرائق الحكم ص ١٩٢.

قال الإمام ابن رشد مُبَيِّناً سبب اختلافهم في هذه المسألة: ((وسبب اختلافهم تردّدهم في مفهوم قوله ﷺ: (البَيِّنَةُ علَى مَنِ ادَّعَى واليَمينُ علَى مَنْ أَنْكَر)، أذلك عام في كلّ مُدَّعًى عليه ومُدَّعٍ، أم إنّما خُصَّ الْمُدَّعِي بالبيِّنة والْمُدَّعَى عليه باليمين؛ لأنّ الْمُدَّعِي في الأكثر هو أضعف شبهةً من الْمُدَّعَى عليه والْمُدَّعَى عليه بخلافه؟ فمَن قال: هذا الحكم عامٌ في كلّ مدَّعٍ ومدَّعًى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال: لا يَثْبُتُ باليمين حقٌّ، ولا يسقط به حقٌّ ثبت، ومَنْ قال: إنّما خُصَّ المدَّعَى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهةً، قال: إذا اتّفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدَّعِي أقوى، يكون القول قوله))[1].

وأقوى القولين هو القول بجواز توجيه اليمين على الْمدَّعي لإثبات حقّه؛ لأنّه إنّما خصّ الْمُدَّعَى عليه بهذا الحكم -اليمين- من جهة أنّه أقوى شبهةً، فإذا وجد موضعٌ تكون فيه شبهةُ الْمُدَّعِي أقوى؛ يكون القولُ قولَهُ. والْحجّة لهذا القول الْمواضع التّي اتّفق الجمهور فيها على أنّ القول فيها قولُ الْمُدَّعِي مع يمينه؛ مثل: دعوى التّلف في الوديعة[2].

يدلّ على صحّة هذا القول قوله ﷺ: ((مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مسلمٍ بيمينه؛ فقد أَوْجَبَ الله له النَّارَ، وحرَّم الجنّة))[3].

---

(١) بداية المجتهد ٤/٤٤٠-٤٤١، وانظر: ٣/٤٦٢، و٤/٣٦٨.

(٢) انظر: المعونة ٣/١٥٦٩، والتّمهيد ١٣/٥٨، و١٤/٢٦٨، وبداية المجتهد ٣/٤٦٢، و٤/٤٤٠-٤٤١.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ١/١٢٢، كتاب الإيمان، باب وعيد مَن اقْتَطَع حقّ مسلمٍ بيمين فاجرة بالنّار، برقم: (١٣٧)، من حديث أبي أمامة الحارِثيّ الأنصارِيّ، وليس أبا أمامة الباهِليّ المشهور.

=

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على وجوب القضاء باليمين في إثبات حقٍّ أو نفيه، ولفظه عامٌّ يشمل إثباتَ أيّ حقٍّ لأيّ مُدَّعٍ ومُدَّعًى عليه، أو نفيه عنهما؛ وخُصَّ المسلم بالذّكر لكونهم الْمُخَاطَبِين وعامّة الْمُتَعَامِلين في الشّريعة، لا أنّ غير المسلم بخلافه، بل حكمه حكم المسلم في ذلك[1].

ويدلّ عليه -أيضاً- قول جمهور فقهاء الأمصار ومنهم أئمة المذاهب الأربعة بوجوب الحكم بالقسامة[2]، وأنّه يجب بها حقٌّ على اختلافٍ بينهم فيما يجب بها؛ فذهب المالكية والحنابلة والظّاهرية والشّافعي في القديم إلى أنّه يُستَحَقّ بها الدَّمُ في العمد، والدِّية في الخطأ[3]، وذهب الحنفية والشّافعي في الجديد إلى أنّه تُسْتَحَقُّ بها الدِّيةُ فقط[4].

وأيضاً إجماع[5] الأمّة قديماً وحديثاً على أنّ الْمُدَّعِين يبدؤون الأيمان

=

انظر: التّمهيد ١٣/٦٨، وشرح مسلم ٢/٣٣٨.

(١) انظر: شرح مسلم ٢/٣٤١، وبداية المجتهد ٤/٤٤٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٣٥٢، و٣٦٠، والهداية ٣/١٥٨، والتّمهيد ١٤/٢٥٤-٢٥٧، وبداية المجتهد ٤/٣٥٩، والمهذّب ٣/٦٦٦، ومختصر الخرقي ١٢/١٩٢، و٢١٤، والمقنع ٢٦/١٠٩، وزاد المستقنع ص ١٤٨، والمحلّى ١١/٢٩٩-٣٠١.

(٣) انظر: التّمهيد ١٤/٢٤٩، و٢٥٤، و٢٦٢، والاستذكار ٧/٢٠٥، وبداية المجتهد ٤/٣٦٢، وعقد الجواهر ٣/١١٣٦، والمهذّب ٣/٦٦٧، ومختصر الخرقي ١٢/١٩٢، و٢١٤، والمقنع ٢٦/١٠٩، و١٤٤، والعدّة ٢/١٦١، وزاد المستقنع ص ١٤٨، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٦٠، والمحلّى ١١/٣٠١، و٣٠٥، وشرح مسلم ١٢/١٤٧، وفتح الباري ١٢/٢٤١، و٢٤٥-٢٤٩.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ١٩٢، و٢١٥-٢١٦، وبدائع الصّنائع ٦/٣٥٣-٣٥٥، والهداية ٣/١٥٨، و٤/٢١٩، وبداية المجتهد ٤/٣٦٢، و٣٦٤-٣٦٥، والمهذّب ٣/٦٦٦-٦٦٧.

(٥) ونقل الإمام مالك والمرغيناني الإجماع على ذلك. انظر: الهداية ٣/١٥٨، والتّمهيد

=

=

٢٥٦/١٤، ومختصر المزني ص ٤١٢، وفتح الباري ٢٤٥/١٢، وتكملة المجموع ٢٧٤/٢٢، والمقنع ١٤٨/٢٦، وشرح منتهى الإرادات ١٦٠/٦، والمحلّى ٤٤٣/٨، و٤٥٢، و٣٠١/١١، و٣٠٥، و٣٠٩.
قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا، والذي سمعت ممَّن أرضى في القسامة، والذي اجتمعت عليه الأمّة في القديم والحديث؛ أن يبدأ بالأَيْمان الْمُدَّعون في القسامة، قال: وتلك السّنة التي لا اختلاف فيها عندنا، والذي لم يزل عليه عمل النّاس أنّ الْمُبْدئين في القسامة أهل الدّم الذين يدّعونه في العمد والخطأ؛ لأنّ رسول الله ﷺ بدأ الحَارثيّين في صاحبهم الذي قتل بخَيبر».
انظر: التّمهيد ٢٥٦/١٤، والاستذكار ٢٠١/٧.
وقد يعترض على حكاية الإجماع في تبدءة الْمُدَّعين باليمين في القسامة من ثلاثة أوجه:
أحدهما: وجود الرّواية الأخرى لحديث القسامة تفيد تبدءة اليهود -الْمُدَّعَى عليهم- بالقسامة، وهي رواية سليمان بن يسار عن رجالٍ من الأنصار عند أبي داود في سننه ٦٦٢/٤، كتاب الدّيات، باب في ترك القَوَد بالقسامة، برقم: (٤٥٢٦)، ورواية سعيد بن عبيد عن بُشير بن يسار عن سهل بن أبي حثمة، عند البخاري في صحيحه ٢٣٩/١٢، كتاب الدّيات، باب القسامة، برقم: (٦٦٥٦)، ومسلم في صحيحه ١٢٩٤/٣، كتاب القسامة، باب القسامة، برقم: (١٦٦٩/٥)، وانظر: الاستذكار ٢١١/٧.
الوجه الثّاني: مخالفة أهل العراق والحنفية خصوصاً في ذلك؛ فإنّ الْمُدَّعى عليهم هم الذين يبدؤون اليمين على ظاهر قاعدة اليمين على الْمُدَّعَى عليه، وتَمسّكاً بالرّوايتَين السّابق ذكرهما.
الوجه الثّالث: أنّ الإمام ابن عبد البرّ نصّ على أنّه موضع اختلاف العلماء، وحكَى فيه مذهب الجمهور -المالكية والشّافعية والحنابلة- القاضي بتبدءة الْمُدَّعين باليمين، ومذهب العراقيّين القاضي بتبدءة الْمُدَّعَى عليهم باليمين في الدّماء كسائر الحقوق.
ولكن يجاب عنها بأنّ رواية أبي داود وإن كانت ثابتةً؛ إلاّ أنّ الأحاديث القاضية بتقديم أيمان الْمُدَّعين أحسن اتّصالاً وأوضح متوناً. انظر: معالم السّنن ٦٦٢/٤، والمغني ٢٠٣/١٢.

=

في القسامة، ولأنّ جنبة الْمُدَّعِي إذا قويت بشهادةٍ أو شبهةٍ صارت اليمين له، وههنا الشّبهة قوية.

=

وأمّا رواية بشير بن يسار؛ فإنّ الرّواية الصّحيحة في ذلك هي رواية مالك ومَنْ تابعه عن يَحْيَى بن سعيد وغيره. قال الإمام الحافظ ابن عبد البرّ بعد روايته لحديث بشير بن يسار في التّمهيد ١٤/٢٥٩: «هذه رواية أهل العراق عن بشير بن يسار في هذا الحديث، ورواية أهلِ المدينة عنه أثبت إن شاء الله، وهم به أقعد، ونقلهم أصحّ عند أهل العلم، وقد حكَى الأثرم عن أحمد بن حنبل أنّه ضعّف حديث سعيد بن عبيد هذا عن بشير بن يسار، وقال: الصّحيح عن بشير بن يسار ما رواه عنه يَحيَى بن سعيد، قال أحمد: وإليه أذهب».

وانظر: الاستذكار ٧/١٩٥، و١٩٧-١٩٩، و٢٠٧-٢٠٨، والمغني ١٢/٢٠٣.

ثم قال في التّمهيد ١٤/٢٦٠: «في هذه الأحاديث كلّها تبدءة الْمُدَّعَى عليهم بالأيمان في القسامة، وفي الآثار الْمتقدّمة عن سهل بن حثمة تبدءة الْمُدَّعين بالأيمان، وقد روى ابن شهاب هذه وهذه، وقضى بما في حديث سهل؛ فدلّ علَى أنّ ذلك عنده الأثبت والأولَى على ما قال أحمد بن حنبل، وعلى ما ذهب إليه الحجازيّون. والله أعلم.

فإن قيل: قد روي عن ابن شهاب عن عراك بن سليمان، وسليمان بن يسار أنّ عمر بن الخطاب رضي الله- بدأ الْمُدَّعى عليهم بالأيمان في القسامة؟ قيل: الْمصير إلى الْمُسنَد الثّابت أولى من قول الصّاحب من جهة الحجّة». اهـ.

وقال الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ٧/١٩٧: «وقد أخْطأ جماعةٌ منْ أهل العلم بالحديث سعيد بن عبيد في روايته هذه عن بُشَير بن يسار، وذَمُّوا البَخاريَ في تَخريجه حديث سعيد بن عُبيد، وتركه حَديثَ يَحْيَى بن سعيد الذي فيه تَبْدِءةُ الْمُدَّعي بالأيمان».

وعلى كلّ حال فإنّ الاستدلال بتبدءة الْمُدَّعين بالأيمان في القسامة على صحّة القول بتَوجيه الْيمين كلّ مَنْ قويَت جنبته مُدَّعِياً كان أو مُدَّعَى عليه استدلالٌ صحيحٌ؛ لأنّه على فرض عدم صحّة حكاية الإجماع فإنّه القول الصّحيح الثّابت القويّ. والله تعالى أعلم بالصّواب.

ولأنّ الْمُدَّعِي أحد الْمُتَدَاعِيَين فَشُرِعَ اليمين في حقّه إذا رجح جانبه كالْمُدَّعَى عليه[١].

٢-مسألة القضاء بشاهد واحد ويَمين المدَّعِي:

قال جمهور[٢] علماءِ الإسلام من الصّحابة والتّابعين ومَن بعدهم من علماء الأمصار بجواز القضاء بشاهد ويَمين الْمُدَّعِي في الأموال وما يُقْصَد به الأموال خاصّةً؛ وذلك لأنّ حقوق الأموال أخفض رُتبةً من حقوق الأبدان؛ بدلالة قبول النّساء فيها.

القول الثّاني: ترك العمل بالشّاهد واليَمين في الأموال[٣]، وبه قال الحنفية، بناء على أصلهم أنّ القاعدة غير معلَّلة، وأنّ اليمين محصورةٌ في حيِّز المدَّعَى عليه لا تتنقل إلى غيره.

وتَمسّك الحنفية بقوله -تعالى-: ﴿ **فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ** ﴾[٤]، قالوا: هذا يقتضي الحصر؛ فالزّيادة

---

(١) انظر: الذّخيرة ٥١/١١، و٥٤، وتكملة المجموع ٢٧٣/٢٢، والطّرق الحكمية ص ٩٤-٩٥.

(٢) انظر: رسالة القيرواني ص٢٤٥، المعونة٣/١٥٤٧، والتّمهيد ١٣/٤٢، و٥٦، والاستذكار ٦/١١٣، و١٢٠، وبداية المجتهد ٤/٤٤٣، ومختصر المزني ص ٤١٠، والمهذّب ٣/٧٠٩، وفتح الباري ١١/٥٧٤، والعدّة ٢/٢٥٦، وشرح منتهى الإرادات ٦/٥٤٣، والمحلّى ٨/٤٥٢، ونظام القضاء ص ١٦٠.

(٣) وهو قول يَحْيَى بن يَحْيَى الأندلسيّ من أصحاب مالك،وزعم أنّه لم يرَ اللَّيث بن سعد الأندلسي يفتِي به.
انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، وبدائع الصّنائع ٥/٣٣٧، والهداية ٣/١٥٦-١٥٧، والمعونة ٣/١٥٤٧، والتّمهيد ١٣/٥٧، والاستذكار ٦/١١٤، و١٢٠، وبداية المجتهد ٤/٤٤٣، وفتح الباري ١١/٥٧٤.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

عليه نسخٌ، ولا يُنسخ القرآن بالسّنة غير المُتواترة[١].

وأجاب الجمهور عنه بأنّه ليس بنسخٍ بل زيادةٌ لا تُغَيِّر حكم المزيد[٢].

ويُجاب عنه بما جاء في التّمهيد: «وما ذكروا من أنّ الزّيادة من حكم النّبيّ ﷺ مَنْسوخةٌ بآية الدَّين ينتقض عليهم بالإقرار والنّكول ومَعَاقِد القُمُط[٣] وأنصاف اللّبن والجذوع الموضوعة في الحيطان؛ فإنّهم -الحنفية- قد حكموا بكلّ ذلك وليس مذكوراً في الآية، فإذا استجازوا أنّ يستحسنوا ويزيدوا على النّصّ ذلك كلّه استحساناً؛ فكيف ينكرون الزّيادة عليه بالأخبار الثّابتة عن النّبيّ ﷺ وعن الخلفاء وجمهور العلماء وصحيح الأثر والنّظر، والأمر في هذا أوضح من أَنْ يُحتاج فيه إلى إكثارٍ، وفيما ذكرنا منه كفايةٌ لِمَنْ فهم، وبالله التّوفيق»[٤].

ودليلهم من السّنة حديث الأشعث بن قيس قال: كان بيني وبين

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٤/٤٤٤.
أمّا مسألة نسخ القرآن والمتواتر من السّنة بأخبار الآحاد؛ ففيه للعلماء ثلاثة أقوالٍ، أصحّها جواز نسخ المتواتر بالآحاد الصّحيحة الثّابت تأخّرها عنه،ومن أدلته الوقوع.
انظر: مقدّمة ابن القصار ص ٢٩٧-٣٠٢، ومذكّرة الأصول ص ١٠٣، ونثر الورود ص ٣٤٦.

(٢) انظر: مقدّمة ابن القصّار ص ٣٠٢، والاستذكار ٦/١١٨، وبداية المجتهد ٤/٤٤٤.

(٣) معاقد: جمع: معقد، ومعقد الشّيء مثل مجلس، موضع عقده. والقُمُط جمع: القِمَاط، مثل:كتابٌ وكُتُب، وهو خرْقَةٌ عريضةٌ يُشَدّ بها الصّغير.
انظر: غرر المقالة ص ٢٤٨، والمصباح المنير ص ١٦٠، و١٩٧.

(٤) التّمهيد لابن عبد البرّ ١٣/٥٨، وانظر: الاستذكار ٦/١١٧، وبدائع الصّنائع ٥/٣٨٤، وتكملة المجموع ٢٢/٢٧١، والطّرق الحكمية ص ١١١.

رجلٍ خصومةٌ في شيءٍ؛ فاختصمنا إلى النَّبِـيّ ﷺ ؛ فقـال: «شـاهِدَاكَ أو يَمينُه»[(١)].

ووجه الاستدلال به؛ حيث حصر الحديث البيّنةَ في جنبة الْمُـدَّعِي واليَمين في جنبة الْمُدَّعَى عليه، والقول بالشّاهد واليَمين زيادةٌ.

وأجيبَ عنه بأنّ دليل العمل بالشّاهد واليَمين ثابتٌ؛ فيكون زيادةً صحيحةً ثابتةً يجب المصير إليها.

ولأنّ ثبوت العمل بالشّاهد واليَمين ثابت بالمنطوق، ونفيه مستفاد من هذا الحديث بالمفهوم، والْمنطوق مقدّم على المفهوم[(٢)].

وقالوا -أيضاً-: إنّ النَّبِيّ ﷺ أوجب جنس البيّنة علـى الْمُـدَّعِي وجعلها حجّةً له، وأوجب جنس اليمين على الْمُدَّعَى عليه وجعلها حجّةً له، ولو جعلت البيّنة للمُدَّعَى عليه، واليمين للمُدَّعِي لا تبقى واجبةً على أحدهما، وهو خلاف النّصّ[(٣)].

ويُجَابُ عن دليلهم بما جاء في الطّرق الحكمية: «الطّريـق الثّـاني أنّ اليمين إنّما شُرِعَت في جانب المدَّعَى عليه فلا تُشْرَع في جانـب الْمُـدَّعِي؛ قالوا: ويدلّ على ذلك قوله ﷺ : (البيّنة على الْمُدَّعِي واليمين على مَنْ أَنْكَرَ)؛ فجعل اليمين من جانب الْمُنْكِر، وهذه الطّريقة ضعيفةٌ جدّاً من وجوه:

أحدها: أنّ أحاديث القضاء بالشّاهد واليمين أصحّ وأشهر، وهذا الحديث لم يروه أحدٌ من أهل الكتب السّتة.

الثّاني: أنّه لو قاومها في الصّحّة والشّهرة لوجب تقديمها عليه لخصوصها

---

(١) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة من حديث الأشعث.

(٢) انظر: التّمهيد ٥٧/١٣، والاستذكار ١١٧/٦، وفتح الباري ٥٧١/١١.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٧/٥، والتّمهيد ٥٧/١٣.

وعمومه.

الثّالث: أنّ اليمين إنّما كانت في جانب الْمُدَّعَى عليه؛ حيث لم يترجّح الْمُدَّعِي بشيءٍ غير الدّعوى؛ فيكون جانب الْمُدَّعَى عليه أَوْلَى باليمين لقوّته بأصلٍ براءة الذّمّة؛ فكان هو أقوى الْمُتَدَاعيَين باستصحاب الأصل، فكانت اليمين من جهته؛ فإذا ترجّح الْمُدَّعِي بلَوْث أونكول أوشاهد كان أَوْلَى باليمين لقوّة جانبه بذلك؛ فاليمين مشروعةٌ في جانب أقوى الْمُتَدَاعيَين؛ فأيّهما قوي جانبه شُرِعَت اليمين في حقّه بقوّته وتأكيداً...»[١].

وحجّةٌ للجمهور حديث ابن عبّاسٍ -رضي الله عنهما- أنّ النَّبِيّ ﷺ قضى بشاهد ويمين الْمُدَّعِي[٢].

وقال الإمامُ مالك: «مَضَت السّنةُ في القضاء باليمين مع الشّاهد الواحد، يَحْلفُ صاحبُ الحقِّ مع شاهده، ويَسْتَحقُّ حقَّهُ؛ فإنْ نَكَل وأَبَى أَنْ يَحْلف أُحَلْفَ الْمَطْلُوبُ، فإنْ حلَفَ سقط عنه ذلك الحقُّ، وإن أَبَى أَنْ يَحلف ثبت عليه الحقّ لصاحبه، قال مالك: وإنّما يكون ذلك في الأموال خاصّة، ولا يقع ذلك في شيءٍ مَنَ الْحدود، ولا في نكاحٍ ولا في طلاقٍ، ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية»[٣].

وأجابَ عنه الحنفية بأنّه حديثٌ تُكلِّمَ فيه، وقيل: لم يصحّ عن رسول الله ﷺ القضاء بِشاهدٍ ويَمين، وأنّه قيل فيه: بدعة[٤].

---

(١) الطّرق الحكمية لابن القيم ص ٩٤-٩٥.

(٢) الحديث تقدّم تخريجه قريبة في هذه القاعدة.

(٣) الموطّأ للإمام مالك ٢/٧٢٢، وانظر: الاستذكار ٦/١٢٠.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٣٧، والاستذكار ٦/١١٦.

-وأيضاً- بناءً على الأصل أنّ اليمين هي حجّة أقوى الْمُتَدَاعِيَين شُبهة لقوّة سببه؛ وقد قويتْ ههنا جنبة الْمُدَّعي بالشّاهد كما قويت في القسامة[1].

ولأنّ كلّ حجّة يسقط بها الْمُدَّعَى عليه عن نفسه الْمُطالَبَة جاز أن تكون في جَنبة الْمُدَّعِي أصله البيّنة، واليمين براءة لِمَن حلف[2].

أمّا دعوى البدعة، فلا تصحّ، فقد جاء في التّمهيد: «وفي اليمين مع الشّاهد آثارٌ متواترةٌ حسانٌ ثابتةٌ متّصلةٌ أصحّها إسناداً وأحسنها حديث[3] ابن عبّاس -رضي الله عنهما-، وهو حديث لا مطعن لأحد في إسناده، ولا خلاف بين أهل المعرفة بالحديث في أنّ رجاله ثقاتٌ»[4]، فمثل هذا لا تصحّ دعوى بدعيّته، وقد قضى بهما عددٌ كبيرٌ من قضاة أهل العراق[5].

بهذا يترجّح القول القاضي بجواز القضاء بشاهد واحد ويَمين الْمُدَّعِي؛ لقوّة أدلته، وصراحته. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

٣-مسألة: القضاء بالشّاهد الواحد ونكول الْمُدَّعَى عليه:

ذهب المالكية إلى أنّه يُحكَمُ بالشّاهد الواحد ونكول الْمُدَّعَى عليه؛ لأنّهما بيّنةٌ[6].

وذهب الشّافعية إلى أنّه لا يُحكَمُ بالشّاهد الواحد ونكول الْمُدَّعَى

---

(١) انظر: معالم السّنن ٣٣/٤، وشرح مسلم٢٣١/١٢، والمعونة ١٥٤٧/٣، و١٥٦٩، وبداية المجتهد ٥٥/٣، و٣٦٢/٤، و٤٤٣-٤٤٥، وفتح الباري ٢٤٥/١٢.

(٢) انظر: المعونة ١٥٤٧/٣، والمختصر المزني ص ٤١٢.

(٣) تقدّم تخريج ابن عبّاس رضي الله عنهما قريباً في هذه القاعدة.

(٤) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٤٥/١٣، و٥٦.

(٥) انظر: التّمهيد ٥٩/١٣، وتكملة المجموع ٢٧١/٢٢-٢٧٢، ونظام القضاء ص ١٦٠-١٦٢.

(٦) انظر: المعونة ١٥٤٨/٣، والتّمهيد ٢٦٨/١٤، والطّرق الحكمية ص ١٦٥.

عليه، بل تردّ على الْمُدَّعِي فيقضى له بالشّاهد ويَمينه، تعليلهم: أنّ النّكول ليس بحجّة شرعية[1].

حجّة المالكية: أنّ النّكول سببٌ مؤثّرٌ ولكن لا يدلّ بذاته على إثبات حقٍّ للغير؛ لأنّه لا يوجد في الأصول حقٌّ ثبت على مُنكر بسببٍ واحدٍ، والنّكول سببٌ واحدٌ؛ فلم يكن بدٌّ من ضمّ شيءٍ غيره إليه؛ كما ضُمَّ شاهدٌ إلى شاهدٍ مثله أو يمين الطّالب؛ فوجب إذا انضاف إلى الشّاهد الواحد أن يُحْكَم به، أصله يَمين الْمُدَّعِي؛ لأنّه إذا نكل الْمُدَّعَى عليه انتقلت اليمين إلى جنبة الْمُدَّعِي؛ فحلف وكان نكوله كشاهد.

ولأنّ الشّاهد أقوى من يَمين الْمدَّعي؛ بدليل أنّه إنّما يُحتاج إلى اليمين مع عدم الشّاهد، وأنّ اليمين مختلفٌ في دخولها في بيّنة الْمُدَّعِي، والشّاهد غير مختلفٌ فيه، وأنّ الشّاهد يدخل في البيّنة في جميع الحقوق، وأنّ اليمين مضافٌ إليه وهو لا يضاف إليها، وإذا ثبت تأكيده على اليمين، ثم كان النّكول إذا اجتمع مع أضعف السّببَين -وهو البيّنة كما في

---

(١) انظر: المهذّب ٦١٩/٣، و٦٢١، والمحلّى ٤٤٣/٨، و٤٥٦-٤٥٧.
ولم أقف على مذهب الحنفية والحنابلة، ولكن قد يفهم القولان جميعاً للحنفية؛ فالقول بالمنع يؤخذ من لازم قول الحنفية في منع القضاء بشاهد واحد ويَمين الْمُدَّعِي بحجّة أنّه زيادةٌ على النَصّ، والزّيادة على النّصّ نسخٌ كما تقدّم قريبًا في فقرة [٢] قبل هذه، والقول بالجواز يؤخذ من قولهم بتحكيم نكول الْمُدَّعَى عليه بِمُجرّد نكوله دون ردّ اليمين على الْمُدَّعِي، فيكون نكولَه كافياً دون الحاجة إلى شاهدٍ واحدٍ، وكذلك عند الحنابلة، كما سيأتي بيان مذهبهما في فقرة [٤] إن شاء الله.
وقد يفهم القول بالجواز مذهب الحنابلة أيضاً من قول ابن القيم في جواز القضاء بالشّاهد الواحد إذا عُلِمَ صدقُهُ، من غير يَمين الْمُدَّعِي، والله تعالى أعلم.
انظر: الطّرق الحكمية ص ٨٤-٩٤-٩٩، و١٠٥-١٠٦، ونظام القضاء ص ١٦٢-١٦٣.

شاهد واحد ويَمين الْمُدَّعِي- حُكِم به، فإذا انضاف إلى الأقوى والآكد أولَى وأحرى أن يُحْكَمَ به[١].

فبهذا؛ فإنّ الذي يترجّح في نظري هو القول بالقضاء بشاهد واحدٍ ونكول الْمُدَّعَى عليه لقوّة تعليلهم. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

٤-مسألة: الحكم بِيَمين الْمُدَّعِي ونكول الْمُدَّعَى عليه:

ذهب أهل العلم إلى أنّ الْمُدَّعَى عليه إذا طُولِبَ بالحلف ونكل، أنّ نكوله مظنّة ثبوت الدّعوى عليه، وأنّه يُحْكَمُ عليه به إن كانت الدّعوى في الأموال دون الدّماء، ولكن أَيُحْكَمُ عليه بِمجرّد نكوله أم تردّ اليمين على الْمدَّعِي؟ فيه مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّ كلّ مَنْ توجّهت عليه اليمين لا يُقْضَى عليه حتّى تُرَدَّ اليمين على الآخر، فلا يُحْكَمُ على الْمُدَّعَى عليه بِمجرّد نكوله حتّى تردّ اليمين على الْمُدَّعِي؛ لأنّه لا يقوم النّكول مقام إقرارٍ في شيء؛ فإذا حلف الْمُدَّعِي حُكِمَ له به؛ لأنّه قد اجتمع له سببان: يَمينه ونكول خصمه، وذلك مؤثّرٌ في الحكم. وبه قال المالكية والشّافعية والظّاهرية وبعض الحنابلة[٢].

المذهب الثّاني: إذا نكل الْمُدَّعَى عليه عن اليمين حُكِمَ عليه بالنّكول نفسه إن كانت الدّعوى في مالٍ وما يجري مجراه؛ كدية الأطراف؛

---

(١) انظر: المعونة ٣/١٥٤٨-١٥٤٩، والتّمهيد ١٤/٢٦٩.

(٢) انظر: المعونة ٣/١٥٤٩، و١٥٦٥، والاستذكار ٦/١١٨، والذّخيرة ١١/٧٦، ومختصر المزني ص ٤١٤-٤١٥، والمهذّب ٣/٦١٩، و٦٢٦، و٦٦٦، وفتح الباري ١٢/٢٤٧-٢٤٨، وتكملة المجموع ٢٢/٢٧٠، و٢٧٥، والطّرق الحكمية ص ١٠٧، والعدّة ٢/٢٢٩، والمحلّى ٨/٤٤٣-٤٤٧، و٤٥٦-٤٥٧.

فإنّها يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل، ولا تردّ اليمين على الْمُدَّعِي، وينبغي للقاضي أن يكرّر عليه اليمين ثلاث مرات؛ فإن حلف، وإلاّ قُضِيَ عليه؛ وذلك لجواز أن يكون الْمُدَّعَى عليه ممَن لا يرى القضاء بالنّكول، أو يظنّ أنّ القاضي لا يرى القضاء بالنّكول، أو لَحِقَتْهُ حشمةُ القضاة ومهابة المجلس في المرّة الأولى، فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً فإنّ القاضي يقضي عليه. وبه قال الحنفية والحنابلة[1].

وإن كانت الدّعوى في النّفس فنكل عن اليمين؛ فإنّه لا يقضى عليه بنكوله، وإنّما يُحبَسُ حتّى يقرّ أو يحلف؛ لأنّ النّكول وإن كان إقراراً؛ إلاّ أنّه حجّةٌ مختلفٌ فيها، وفيه شبهةٌ؛ فلا يثبت به القصاص ويجب به المال[2].

وقال الظّاهرية: لا يُقْضَى عليه بنكوله في شيءٍ من الأشياء أصلاً،

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، و٢١٦، وبدائع الصّنائع ٣٣٨/٥، و٣٤٠، و٣٤٤-٣٤٥، والهداية ١٥٦/٣-١٥٨، والمعونة ١٥٤٩/٣-١٥٥٠، والاستذكار ١١٩/٦، وفتح الباري ٢٤٧/١٢-٢٤٨، والمغني ٢٣٣/١٤-٢٣٥، والعدّة ٢٢٨/٢-٢٢٩، و٢٥٦، والطّرق الحكمية ص ١٠٧، و١١٩، ١٤٠-١٤٦، ومنتهى الإرادات٤١٤/٢،وشرح منتهى الإرادات٥٣٩/٦-٥٤٠، و٥٤٥،و٧٠٨.

(٢) هذا عند أبي يوسف ومحمّد بن الحسن من الحنفية وبه قال أبو حنيفة إن كانت الدّعوى في النّفس. ولكن إن كانت الدّعوى في القصاص في الطّرف؛ فإنّه يقضى بالقصاص في العمد وبالدّية في الخطأ عند أبي حنيفة؛ لأنّ النّكول بذلٌ عنه، والطّرف يحتمل البذل والإباحة في الجملة؛ لأنّ مَنْ وقعت في يده آكلةٌ -عافانا الله تعالى منها- فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانةً للنفس، وبه تبيّن أنّ الطّرف يُسْلَكُ به مَسْلَكَ الأموال؛ لأنّه خلق وقايةً للنّفس كالمال.

انظر: مختصر القدوري ص ٢١٥-٢١٦، وبدائع الصّنائع ٣٤٦/٥، و٣٥٨/٦، والهداية ١٥٨/٣، والمحلّى ٤٤٣/٨-٤٤٤.

ولا تُرَدُّ اليمينُ على الطّالب البتة[1].

استدلّ أصحاب القول الأوّل القائلون بأنّه لا يُحْكَم عليه بِمجرّد النّكول بما يأتي:

١-قوله ﷺ: «البيّنة على الْمُدَّعِي واليمين على مَنْ أنكر»[2]، ووجه الاستدلال منه؛ أنّه ﷺ جعل البيّنة حجّةً للمُدَّعِي واليمين حجّةً للمُدَّعَى عليه، ولم يذكر النّكول، فلو كان حجّةً للمُدَّعِي لذكره[3].

٢-قياس دعوى الأموال على دعوى دمِ العمد؛ حيث لا يُحْكَم على الْمُدَّعَى عليه بِمجرّد نكوله في الدّماء؛فكذلك في سائر الحقوق، بعلّة أنّه نكولٌ عن يمينٍ توجّهت على الْمُدَّعَى عليه، ولأنّه نكولٌ لا يُحْكَمُ به في دم العمد فكذلك في غيره.

٣-ولأنّ البيِّنة حجّةٌ للمُدَّعِي في إثبات ما يدَّعيه، واليمين حجّةٌ للمنكر فيما ينفيه، وقد ثبت أنّ الْمُدَّعِي لو قعد عن إقامة البيّنة لم يسقط حقّه، ولم يُحْكَم عليه بضدّ ما ادّعاه؛ فكذلك الْمُدَّعَى عليه إذا قعد عن اليمين؛ لأنّ الْمُدَّعَى عليه لو أمسك عن جواب الْمُدَّعِي، أو قال: لا أعترف ولا أنكر ولا أحلف لم يلزمه؛ فهذا حكمٌ، وهو نكولٌ عن الأمرين: الاعتراف واليمين؛ فكان بنكوله عن اليمين وحدها أولَى وأحرى[4].

---

(١) انظر: المحلّى ٨/٤٤٣-٤٤٤.

(٢) تقدّم تخريجه عند بيان مناسبة ذكر هذه القاعدة.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٤٥، والاستذكار ٦/١١٩، وتكملة المجموع ٢٢/٢٧٠.

(٤) انظر: المعونة ٣/١٥٥٠، والذّخيرة ١١/٧٧، والمهذّب ٣/٦٢٠، وتكملة المجموع ٢٢/٢٧٠.

٤-ولأنّ الْمُدَّعِي إذا امتنع من البيّنة كان للمُدَّعَى عليه إقامتها، وكذلك الْمُدَّعَى عليه إذا قعد عن اليمين تكون للآخر[1].

ودليلهم على وجوب اليمين مع النّكول:

١-قوله ﷺ: «أَتَحْلِفُون وتَسْتَحِقّون دَمَ صاحِبِكُم؟» قالوا: لا. قال: «فَتَحْلِفُ لكم يهود؟»[2].

وجه الاستدلال به؛ حيث ردّ اليمين على الْمُدَّعَى عليه بعد نكول الْمُدَّعِي[3].

٢-ولأنّ اليمين يتوجّه على أقوى الْمُتَدَاعِيَين سبباً، ولذلك وجبت في الأصل على الْمُنْكر وانتقلت إلى الْمُدَّعِي إذا كان له شاهدٌ، وإذا ثبت ذلك فالْمُدَّعِي في هذا الموضع أقوى سبباً من الْمُنْكِر؛ لأنّ ذلك قد أضعف جنبته بنكوله فانتقلت اليمين إلى جنبة الْمدَّعِي[4].

٣-ولأنّه يحتمل أنّه نكل لكونه كاذباً في الإنكار فاحترز عن اليمين الكاذبة، ويحتمل أنّه نكل مع كونه صادقاً في الإنكار تورّعاً عن اليمين الصّادقة، فلا يكون حجّة القضاء مع الشّكّ والاحتمال، ولكن يردّ

---

(١) انظر: الذّخيرة ٧٧/١١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٤٠/١٢، كتاب الدّيات، باب القسامة برقم: (٦٦٥٧)، ومسلم في صحيحه ١٢٩٥/٣، كتاب القسامة، باب القسامة، برقم: (١٦٦٩/٦)، واللّفظ له.

(٣) انظر: المعونة ١٥٥٠/٣، وشرح مسلم ١٤٧/١٢، و١٥٠، وفتح الباري ٢٤٣/١٢-٢٤٤.

(٤) انظر: المعونة ١٥٥١/٣، و١٥٦٩-١٥٧٠، وعقد الجواهر ١٠٨٥/٣، ومختصر المزني ص ٤١٥، وتكملة المجموع ٢٧٠/٢٢، و٢٧٢، و٢٧٥، والمغني ٢٣٤/١٤، ونظام القضاء ص ١٧٣.

اليمين إلى الْمُدَّعِي ليحلف فيقضى له؛ لأنّه ترجّح جنبة الصّدق في دعواه بيمينه[١].

دليل القول بالقضاء على الْمُدَّعَى عليه بِمجرّد نكوله:

أنّ النّكول إقرارٌ، دلّ على كونه باذلاً أو مقرّاً؛ إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصّادقة إقامةً للواجب، ودفعاً للضّرر عن نفسه، فترجح هذا الجانب، ولا وجه لردّ اليمين على الْمُدَّعِي لما قلناه[٢].

لأنّ النّبِيّ ﷺ ما جعل جنس اليمين حجّةً إلاّ في جانب الْمُدَّعَى عليه؛ فالرّدّ إلى الْمُدَّعِي يكون وضع الشّيء في غير موضعه، وهذا حدّ الظّلم[٣].

ولعلّ الرّاجح هو القول بتحكيم يَمين الْمُدَّعِي مع نكول الْمُدَّعَى عليه، ولا يشترط إذن النّاكل؛ لقوّة أدلتهم ووجاهتها، ولأنّ نكول الْمدَّعَى عليه وإن كان أمارةً على كذبه، وإقراراً دلالةً أنّ الْمُدَّعَى به ليس حقّه، ولكن لا يتعيّن بنكوله صدق الْمُدَّعِي الفاقد للبيّنة فلا يجوز الْحُكْم له من غير دليلٍ؛ فإذا حلف أقيمت يَمينه مقام بيّنته خصوصاً أنّ الْمُدَّعَى عليه أقرّ بنكوله أنّ الحقّ ليس له، و لم يوجد ما هو أقوى منها، والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٥/٥، والهداية ١٥٧/٣، والذّخيرة ٧٧/١١، والْمغنِي ٢٣٤/١٤، و٢٧٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع٣٣٨/٥، و٣٤٠، والهداية١٥٧/٣، والمغنِي٢٣٤/١٤، ونظام القضاء ص ١٧٤.

(٣) انظر:بدائع الصّنائع٣٣٨/٥،والاستذكار١١٩/٦،والمغنِي ٢٣٤/١٤،وشرح منتهى الإرادات٥٤٠/٦.

٥-مسألة: سماع البيّنة من الْمُدَّعَى عليه:

الدّعوى لا تخلو مِن أَنْ تكون في شيءٍ في الذّمّة، أو في شيءٍ بعينه، فإن كانت في الذّمّة فادّعى الْمُدَّعَى عليه البراءةَ من تلك الدّعوى، وأنّ له بيّنةً، سُمِعَتْ منه بَيِّنَتُهُ باتّفاق، وكذلك إن كانت في عَقْدٍ وقع في عين مثل: بيعٍ أو غير ذلك، وتُسَمَّى بيّنَةُ الْمُدَّعِي بيّنةَ الخارج، وبيّنَةُ الْمُدَّعَى عليه بيّنةَ الدّاخل[1].

وأمّا إذا كانت الدّعوى في عينٍ في يد الآخر، وأقام كلّ واحدٍ منهما بيّنةً، وهو الذي يُسَمَّى استحقاقاً؛ ففيه خلافٌ جارٍ على قولين:

القول الأوّل: لا تُسْمَع بيِّنةُ الْمُدَّعَى عليه ولا يُلتفت إليها، وإنّما يُحكم للمُدَّعِي ببيّنته، إلاّ في النّكاح وما لا يتكرّر. وبه قال الحنفية والحنابلة[2].

وحجّة هذا القول أنّ الشّرع قد جعل جنس البيّنة في حيّز الْمُدَّعِي، وجنس اليمين في حيّز الْمُدَّعَى عليه، فوجب ألاَّ ينقلب الأمر، ولأنّ بيّنة الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً؛ لأنّ قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بيّنة اليد؛ إذ اليد دليل الملك[3].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، وبدائع الصّنائع ٣٨٠/٥، والهداية١٥٥/٣-١٥٦، و١٧١، وبداية المجتهد ٤٥٣/٤، وعارضة الأحوذي ٨٩/٦، والذّخيرة ١١/١١، ومختصر الخرقي ٥٢٤/٦، والمهذّب ٦٤٥/٣، والمغني ٥٢٥/٦، و٢٧٩/١٤، والعدّة ٢٢٩/٢، ومنتهى الإرادات ٣٨٨/٢، وشرح منتهى الإرادات ٦١١/٦.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، وبدائع الصّنائع ٣٣٨/٥، و٣٨٠، والهداية ١٥٦/٣-١٥٧، و١٧١، وبداية المجتهد ٤٥٣/٤-٤٥٤، ومختصر الخرقي مع المغني ٢٧٩/١٤-٢٨٠، وشرح منتهى الإرادات ٦١٠/٦-٦١١.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

القول الثّاني: تُسْمَعُ بيّنة الْمُدَّعَى عليه كالْمُدَّعِي. وبه قال المالكية والشّافعية وقولٌ للحنفية وروايةٌ للحنابلة[(١)].

وحجّة هذا القول الحديث السّابق، وهو قضاء النّبيّ ﷺ بشاهدٍ واحدٍ ويمين الْمُدَّعِي، ووجه الاستدلال منه لهذا القول؛ أنّه أفاد عدم حصر اليمين في حيِّز الْمُدَّعَى عليه، فليكن كذلك البيّنة، ولأنّ بيّنته راجحةٌ والبيّنة الرّاجحة يُحْكَم بها، ولأنّ مَنْ أقام البيّنة على شيءٍ فهو له[(٢)]. والله تعالى أعلم.

ولعلّ أرجح القولين هو القول بسماع بيّنة الْمُدَّعَى عليه، والله تعالى أعلم، وذلك لقوّة دليله، ولأنّه قد أتى بالسّبب الدّالّ على صدقه فيما ادّعاه فوجب الحكم به له[(٣)].

٦-الخارج؛ الْمُدَّعِي مع الدّاخل؛ الْمُدَّعَى عليه ذي اليد، إذا أقاما البيّنة:

هذه المسألة -أيضاً- من المسائل المخرّجة على تعليليّة القاعدة، فبناءً على قول الجمهور بتوجيه البيّنة على كلٍّ مِنَ الْمُتَدَاعِيَين؛ فإنّه تُقْبَلُ بيِّنَةُ ذي اليد، وإن كان ليس بِمُدَّعٍ، ثم ينظر في البيِّنتَين على نحو ما يأتي في الفقرة التّالية.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٩٥، والهداية ٣/١٧١، والمعونة ٣/١٥٦٦-١٥٦٧، وبداية المجتهد ٤/٤٥٣، وعارضة الأحوذي ٦/٨٩، والذّخيرة ١١/١١، ومختصر المزني ص ٤٢٦، والمهذّب ٣/٦٤٥، والمغني ١٤/٢٨٠، و٢٨٢.

(٢) انظر: المعونة ٣/١٥٧٥، ومختصر المزني ص ٤٢٦، والمغني ١٤/٢٨١، و٢٨٦.

(٣) انظر: المعونة ٣/١٥٦٨، والطّرق الحكمية ص ٢٣.

وعلى قول الحنفية لا تقبل بيّنة ذي اليد بحال، وإنّما تُقْبَل بيّنة الخارج. وذلك لأنّ البيّنة جُعِلَت حجّةً للمُدَّعِي، وذو اليد ليس بِمُدَّعٍ بل هو مُدَّعًى عليه، فلا تكون البيّنةُ حجّةً له؛ فالتحقت بيّنته بالعدم، فخلت بيّنة الْمُدَّعِي عن المعارض فيعمل بها وهو قول الحنفية والحنابلة[1].

٧-مسألة: إذا تعارضت بيِّنةُ الْمُتَدَاعِيَين -الْخارج والدَّاخل-:

هذه المسألة تُخَرَّجُ على قول الجمهور بجواز سماع بيّنة الْمُدَّعَى عليه، فإذا أقام كلّ واحدٍ منهما بيِّنةً وتعارضتا في كلّ وجهٍ، من غير إمكان ترجيحٍ؛ فما الحكم؟

الحكم أن يُقْضَى بأعدل البيِّنتَين وأرجحهما، وإن تساوت في العدالة وأمكن الجمع عمل بهما، وإن تعذّر الجمع تساقطتا كالخبرين إذا تعارضا؛ لأنّه لا يمكن الجمع بينهما لتنافيهما، ولا تعيين لإحداهما؛ لأنّه تَحكُّمٌ لا دليل عليه؛ فلم يَبْقَ إلاّ إسقاطهما؛ لأنّ إحداهما ليست بأَوْلَى من الأخرى فكانا كَمَن لا بيِّنة معهما، ثم تُعْرَضُ اليمين عليهما؛ لأنّ اليمين أحد الحجج للمُتَدَاعِيَين، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر؛ حكم للحالف على النّاكل؛ لأنّه قد ساوى صاحبه بالبيِّنة وزاد عليه باليمين فكان أرجح منه، وإن حلفا جميعاً قُسِمَ بينهما الحقّ مناصفةً، وإن نَكَلا تُرِكَا على ما كَانَا عليه، وذلك لأنّ البيّنة دليلٌ من أدلّة الشّرع، والعمل بالدّليلين واجبٌ بالقدر الممكن؛ فإن أمكن العمل بهما من كلّ وجهٍ فُعِلَ، وإلاّ عُمِلَ بهما

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٨/٥، و٣٨٠، والهداية ١٥٧/٣، والذّخيرة ١١/١١، والمغني ٢٧٩/١٤-٢٨٠، والعدّة ٢٢٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٤٧/٦، و٦١٠.

على وجهٍ ممكنٍ، وقيل: يقرع بينهما[١].

ويدلّ على تأثير زيادة العدالة في الشّهادة، أنّ الشّهادةَ تَقفُ صحّتُهَا على العدالة وهي مبنيةٌ على الاجتهاد؛ فكانت الزّيادة فيها مطلوبةً؛ لأنّها أبلغ في التّوثيق وأقرب إلى صحّة ما يشهد به.

ولأنّ الشّهادة أقوى من الخبر؛ لأنّه نُصَّ فيها على العدد فلم يقبل فيها قول العبد ولا المرأة بانفرادها، وفي الخبر لم ينصَّ على عدد و لم يمنع فيه العبد ولا المرأة، ثم كانت صفة العدالة يقع بها التّرجيح في الخبر؛ فَمَن كان أعـــدل وأوثق كان أولَى بأن يصار إلى خبره؛ ففي الشّهادة أولَى وأحرى[٢].

ويدلّ على تساقط البيِّنتين الْمتَعادلَتَين وتقاسم الحقّ بينهما؛ الزّيادة الواردة[٣] على آخر حديث أم سلمة[٤]، وهي: فَبَكَى الرّجلان، وقال كلٌّ منهما: حَقِّي لكَ، فقال لهما النَّبيُّ ﷺ : «أمّا إذا فَعَلْتُما فاقْتَسِمَا وتوَخَّيَـــا

(١) انظر: مختصرالقدوري ص٢١٥، والهداية ١٥٨/٣، و١٦٨-١٦٩، وبدائع الصّنائع ٣٤٨/٥-٣٥٥، والمعونة ١٥٦٥/٣-١٥٦٩، والمقدّمات ١٩١/٢، وبداية المجتهد ٤٥٤/٤، ومختصر المزني ص ٤٢١، و٤٢٦، والمهذّب ٦٤٥/٣-٦٤٧، وتكملـــة المجموع ٣٢٧-٣٢٨، والمغني ٢٧٩/١٤-٢٨١، و٢٨٥-٢٨٣، والعدّة ٢٣١/٢، ومنتهى الإرادات ٣٨٦/٢-٣٨٨، و٣٩٢، وشـــرح منتـــهى الإرادات ٥٢٩/٦، و٦٠١-٦٠٣، و٦٠٩-٦١٠، و٦١٤، وقواعد الحريري ص ١٢٢-١٢٣.

(٢) هذا مذهب المالكية وقولٌ للحنابلة، وذهب الحنفية والشّافعية والحنابلة في المذهب إلى عدم اعتبار اشتهار العدالة. انظـــر: الهدايـــة ١٧٣/٣، والمعونـــة ١٥٦٨/٣، و١٥٧٠، والمهذّب ٦٤٧/٣، وتكملة المجموع ٣٢٩/٢٢، والمغنـــي ٢٦٤/١٤، و٢٨٧-٢٨٨، و٣٠٨، وقواعد الحريري ص ١٢٣.

(٣) وهي زيادة عبد الله بن نافع. انظر: فتح الباري ١٨٦/١٣.

(٤) حديث (إنّكم تختصمون إلَيَّ...)، يأتي تخريجه حيث ذكر في مسألة (١١) من هذه القاعدة.

الْحَقَّ، ثم اسْتَهِما، ثم تَحالَلا».

هذا إذا لم تشهد اليدُ لأحدهما، أو شهدتا لهما جميعاً، مثال ذلك: أرضٌ كبيرةٌ كلّ واحد منهما يتصرّف فيها تصرّفاً أصحاب الاختصاص في أملاكهم ولا يُعْلَم كلّ منهما بصاحبه.

وأمّا إن شهدت اليدُ لأحدهما، وكانت السّلعةُ بيده؛ ففيه مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّه يُحْكَم لصاحب اليد وهو الدّاخل الْمُدَّعَى عليه؛ لأنّ اليد مؤثّرةٌ في الملك. وبه قال المالكية والشّافعية وقولٌ للحنابلة[١].

المذهب الثّاني: أنّ الخارج وهو الْمُدَّعِي أولى إذا كانت في مالٍ مطلق أو مضاف إلى سبب يتكرّر. وبه قال الحنفية والحنابلة في المذهب[٢].

حجّة القول الأوّل القاضي بتقديم بيّنة الدّاخل -الْمُدَّعَى عليه-[٣]:

ما رُوِيَ أنّ رجلين تداعيا عند النّبيّ ﷺ بعيراً فجاء هذا ببيّنةٍ فقضى به لِمَن هو في يده[٤].

---

(١) انظر: الهداية ١٥٧/٣، والمعونة ١٥٧٠/٣-١٥٧١، و١٥٧٦، وبداية المجتهد ٤٥٤/٤، والذّخيرة ١١/١١، والمهذّب ٦٤٦/٣، وتكملة المجموع ٣٢٦/٢٢، والمغني ٢٨١/١٤، والعدّة ٢٢٩/٢، ومنتهى الإرادات ٣٨٦/٢-٣٨٧، وشرح منتهى الإرادات ٦٠١/٦، و٦٠٤، و٦١١-٦١٢.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤-٢١٥، وبدائع الصّنائع ٣٤٨/٥، و٣٨٠، والهداية ١٥٧/٣-١٥٨، والمعونة ١٥٧٠/٣، ومختصر الخرقي مع المغني ٤٨٩/٧، و٥٤٨، و٢٧٩/١٤-٢٨١، و٢٨٥-٢٩٣، والعدّة ٢٢٩، و٢٣١، ومنتهى الإرادات٣٨٦/٢-٣٨٧،وشرح منتهى الإرادات٦٠١/٦، و٦٠٤،و٦١١-٦١٢.

(٣) انظر:المعونة١٥٧٠/٣-١٥٧١،و١٥٧٦،وعقدالجواهر١٠٨٧/٣،والعدّة٢٢٩/٢.

(٤) أخرجه الدّارقطني ٢٠٩/٤، والبيهقي في السّنن الكبرى ٢٥٦/١. وقال ابن حجر في التّلخيص الحبير ٢١٠/٤: إسناده ضعيف. وقال صاحب مجمع الزّوائد: رجاله رجال الصّحيح. نقلاً من المعونة ١٥٧١/٣.

ولأنهما مُتَدَاعِيَان تساويا في إقامة البيّنة وانفرد أحدهما باليد فوجب أن تقدّم بيّنته لأجل اليد أصله الدّعوى في الملك المضاف إلى سبب لا يتكرّر كالولادة والإنتاج.

ولأنّ كلّ واحد منهما مساوٍ لصاحبه في الدّعوى قبل البيّنة إلاّ أنّ صاحب اليد أقوى وأرجح سبباً بثبوت يده على الشّيء الْمُدَّعَى، لرجحانه باليد، وهذه حالهما بعد البيّنة؛ لأنّهما قد تساويا فيها وسقطتا وصار كأنّهما لم يكونا؛ فانفرد صاحب اليد بيده كما قبل البيّنة.

وحجّة القول الثّاني القائل بتقديم بيّنة الخارج -الْمُدَّعِي-[1]:

قول النّبيّ ﷺ : ((البيّنة على الْمُدَّعِي))؛ حيث جعل جنس البيّنات في جنبة الْمُدَّعِي فلا يبقى في جنبة الْمُنْكر بيّنة.

ولأنّ بيّنة الْمُدّعِي أكثر فائدةً؛ بدليل أنّها تثبت شيئاً لم يكن، وبيّنة الْمُدَّعَى عليه إنّماتثبت ظاهراً دلّت عليه اليد،فلم تكن مفيدةً،فوجب تقديم ما كان أكثر فائدةً على غيره.

ولأنّه تجوز الشّهادة بالملك لرؤية اليد والتّصرّف؛ فجائزٌ أن تكون مستند بيّنة اليد؛ فصارت بِمَنْزلة المفردة؛ فتقدّم عليها بيّنة الْمُدَّعِي كما تُقدّم على اليد.

ولعلّ الرّاجح هو القول بتقديم بيّنة الدّاخل -الْمُدَّعَى عليه- وذلك لقوّة أدلّته وصراحته، ولأنّ البيّنة حجّةٌ قويّةٌ صريحةٌ لا تهمة فيها فهي

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٨٠-٣٨٢، والهداية ٣/١٥٧، والذّخيرة ١١/١١، والعدّة ٢/٢٢٩، وشرح منتهى الإرادات ٦/٦١٠.

كالإقرار[(١)]، وقد انضمّت إليها اليدُ فتكون أقوى، فيكون الدّاخلُ معه بيّنَةٌ ومعها ترجيحٌ وهو اليدُ، والآخر معه بيّنَةٌ لا ترجيح معها، والحجّتان إذا تعارضتا، ومع أحدهما ترجيحٌ قُضِي بالتي معها التّرجيح؛ كالخبرين إذا تعارضا ومع أحدهما ترجيحٌ. والله -سبحانه وتعالى- أعلم.

٨-مسألة: صفة اليمين وتغليظها:

لا خلاف بين أهل العلم أنّ اليمين التي تُسْقِطُ الدّعوى أو تثبتها هي اليمين بالله الذي لا إله إلاّ هو، وأقاويل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربةٌ[(٢)].

وأمّا تغليظها فلا خلاف أيضاً في الجملة بين الفقهاء في مشروعية تغليظها باللّفظ وبالْمكان وبالزّمان، ثم اختلفوا في وجوب التّغليظ على مذهبين:

المذهب الأوّل: وجوب التّغليظ إذا طُلِب. وهو ظاهر مذهب المالكية والشّافعية[(٣)].

والمذهب الثّانِي: لا يجب تغليظ اليمين بمكانٍ ولا بزمانٍ. وبه قال الحنفية والحنابلة والظّاهرية وقولٌ للمالكية والشّافعية[(٤)].

---

(١) انظر: المهذّب ٦٢٢/٣، و٦٤٦، والمغني ٢٨٥/١٤، والعدّة ٢٣٣/٢-٢٣٤.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٦، والهداية ١٥٩/٣، ورسالة ابن أبي زيد ص ٢٤٥، والمهذّب ٦٧٨/٣، والمغني ٢٢٢/١٤-٢٢٤، والعدّة ٢٥٥/٢-٢٥٦، و٢٥٨، ومنتهى الإرادات ٤١٥/٢.

(٣) انظر: رسالة ابن أبي زيد ص ٢٤٥، والمعونة ١٥٨٣/٣، التّمهيد ٦٢/١٣-٦٧، وعقد الجواهر ١٠٧٨/٣، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢٧٧/٢-٢٧٨، والفواكه الدّواني ٢٤٢/٢-٢٤٣، ومختصر المزني ص ٤١٣، والمهذّب٣/١٥٢-١٥٤،و٦٧٧-٦٧٨، وفتح الباري ٣٣٦/٥-٣٣٧، و٥٧٢/١١.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٦، وبدائع الصّنائع ٣٤١/٥-٣٤٢، والهداية =

وسبب اختلافهم هو: آلتَّغليظُ الواردُ في الحلف على مِنْبَر النَّبيّ ﷺ يُفْهَمُ منه وجوب الحلف على الْمِنْبر أم لا؟ فَمَن قال: يُفهَم منه ذلك -وهم المالكية والشّافعية- قال: لأنّه لو لَمْ يُفْهَمْ منه ذلك لم يكن للتّغليظ في ذلك معنًى. ومَنْ قال للتّغليظ معنًى غير الحكم بوجوب اليمين على الْمِنبر قال: لا يجب الحلف على الْمنبر[١].

والحديث الوارد في التّغليظ بالمكان هو حديث جابر بن عبد الله الأنصاري أنّ رسول الله ﷺ قال: «مَنْ حَلَفَ على مِنْبَرِي آثماً تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»، وفي لفظ: «لا يَحْلِفُ أحدٌ عند مِنْبَري هذا على يمينٍ آثمَةٍ ولو على سواكٍ أخضرَ إلاّ تَبَوَّأَ مقعَدَهُ من النّار» أو «وجبت له النّار»[٢].

والحديث نصٌّ صريحٌ للقول بتغليظ اليمين بالمكان. والله تعالى أعلم.

وقال القائلون بالوجوب: إنّه يفهم منه وجوب القضاء باليمين إذا طلب؛ فكذلك التّغليظ الوارد في المكان[٣].

=

٣/١٥٩-١٦٠، وبداية المجتهد ٤/٤٤١، والمهذّب ٣/١٥٣، و٦٧٨، وشرح مسلم ١٠/٣٦٠، وفتح الباري ٥/٣٣٦، والمغني ١٤/٢٢٤، ومنتهى الإرادات ٢/٤١٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/٧١٢-٧١٥، والمحلّى ٨/٤٥٨-٤٧١.

(١) انظر: بداية المجتهد ٤/٤٤١.

(٢) أخرجه مالك في موطّئه ٢/٧٢٧، كتاب الأقضية، باب ما جاء في الحنث على منبَر النَّبيّ ﷺ، برقم: (١٠)، وأبو داود في سننه ٣/٥٦٧، كتاب الأيمان والنّذور، باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منبَر النَّبيّ ﷺ، برقم: (٣٢٤٦)، وابن ماجه في سننه ٢/٧٧٩، كتاب الأحكام، باب اليمين عند مقاطع الحقوق، برقم: (٢٣٢٥، و٢٣٢٦)، والحاكم في مستدركه ٤/٢٩٦-٢٩٧. والحديث صحيح. صحّحه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم وغيره. انظر: فتح الباري ٥/٣٣٧، وصحّحه الألباني في الإرواء برقم: (٢٦٩٧).

(٣) انظر: بداية المجتهد ٤/٤٤٢.

والحجّة لهم -أيضاً- العمل؛ فإنّه هو عمل الخلفاء[١]. قال الإمام الشّافعي: ((واليمين على الْمِنْبَر ما لا اختلاف فيه عندنا بالمدينة ومَكّة في قديمٍ ولا حديث))[٢].

ولأنّ الغرض مِنَ التّغليظ بذلك إنّما هو الرّدع والزّجر فهو في المواضع التي يعتقدون تعظيمها أبلغ فيما يراد[٣].

وحجّة مَن لم ير وجوبه؛ هي أدلّة القول بالوجوب إلاّ أنّهم حملوها على الجواز؛ فقالوا: إنّ حديث عبد الله بن جابر رضي الله عنه المتقدّم لا يفهم منه الوجوب، وكذلك بقية الأدلّة؛ لأنّ المقصود تعظيم المقسم به، وهو حاصلٌ بدون ذلك، وفي إيجاب ذلك حَرَجٌ على القاضي حيث يكلّف حضورها والحرج مدفوع[٤].

وعموم قوله ﷺ : ((شاهداك أو يمينه))[٥]، حيث أثبت يميناً مطلقاً من غير تغليظ لا بمكانٍ ولا بزمان[٦].

وقالوا: لا يفهم من التّغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين، وإذ لَمْ يُفْهَم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لَمْ يُفْهَم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان.

---

(١) أخرجه البيهقي ١٧٧/١٠، وانظر: المعونة ١٥٨٤/٣.
(٢) الأمّ ٣٦/٧، وانظر: مختصر المزني ص ٤١٣، والتّمهيد ٦٤/١٣، والاستذكار ١٣٣/٦، وبداية المجتهد ٤٤٢/٤.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٢/٥، والمعونة ١٥٨٤/٣، والمحلّى ٤٧٠/٨.
(٤) انظر: الهداية ١٦٠/٣، وبداية المجتهد ٤٤١/٤، والمحلّى ٤٥٨/٨-٤٧١.
(٥) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة من حديث الأشعث.
(٦) انظر: فتح الباري ٣٣٧/٥، والمحلّى ٤٥٨/٨-٤٧١.

وقالوا: ليس فيه إجماعٌ من الصّحابة(١).

ولعلّ الرّاجح هو القول بمشروعية التّغليظ دون وجوبه، في جميع الحقوق التي تُشْرَع فيها اليمين؛ لأنّ به تجتمع النّصوص الواردة بالتّغليظ وعدمه، ولكن ينبغي أن يُجاب إليه مَنْ طلبه. والله تعالى أعلم بالصّواب.

وتكون الحقوق شيئاً عظيماً؛ لأنّ المقصود من التّغليظ الرّدع والزّجر بحرمة الموضع المحلوف عنده؛ فيجب أن يكون ذلك فيما له خَطَرٌ وقدرٌ إعظاماً للموضع وتأكيداً لحرمته(٢).

وبناء على هذا؛ فَمَن أبَى تغليظاً لَمْ يُعدَّ ناكلاً عن اليمين؛ لأنّه قد بذل الواجبَ عليه؛ فوجب الاكتفاء به، ويَحرُمُ التّعرّض له، وإن رأى حاكمٌ تَرْكَهُ فتَرَكَه كان مصيباً لعدم وجوبه(٣). والله تعالى أعلم.

والتّغليظ بالمكان يكون بمكّة بين الرّكن والمقام(٤)، وبمسجد النّبيّ ﷺ عند منْبَرِه، وبالقُدْسِ عند الصَّخْرَةِ، وبقيّة البلاد عند منْبَر المسجد الجامع(٥).

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٤/٤٤٢، والمحلّى ٨/٤٥٨-٤٧١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٤١-٣٤٢، والمعونة ٣/١٥٨٣، والتّمهيد ١٣/٦٣، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/٢٧٧-٢٧٨، ومختصر المزني ص ٤١٣، والمهذّب ٣/٦٧٧-٦٧٨، وشرح منتهى الإرادات ٦/٧١٢.

(٣) ويعني أنّه على القول بالوجوب يعدّ ناكلاً. انظر: التّمهيد ١٣/٦٣، والاستذكار ٦/١٣٣، ومنتهى الإرادات ٢/٤١٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/٧١٥.

(٤) هذا بناءً على أنّ المقام كان ملاصقاً بالرّكن، أمّا الآن وقد تغيّر الوضع بنقله، ولا يَبعد نقله من موضعه الحالي؛ لأنّه يسبب الأحراج، والله تعالى أعلم.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٤٢، والمعونة ٣/١٥٨٣-١٥٨٥، والتّمهيد ١٣/٦٣، و٦٦، وبداية المجتهد ٤/٤٤١، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/٢٧٧-٢٧٨، والفواكه الدّواني ٢/٢٤٢، ومختصرالمزني ص ٤١٣، والمهذّب ٣/٦٦٧، وفتح =

وأمّا غير المسلم كاليهودي والنّصراني والمجوسي فلا تغليظ بالمكان ولا الزّمان في حقّهم؛ فلا يبعث أحدٌ من هؤلاء إلى بيوت عبادتهم من البيعة والكنيسة وبيت النّار، ولا يحضرها القاضي؛ لأنّ فيه تعظيماً لهذه المواضع، وهو مُحَرَّمٌ؛ لقوله -تعالى-: ﴿ ذَٰلِكَ وَمَن يُعَظِّمْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ فَإِنَّهَا مِن تَقْوَى ٱلْقُلُوبِ ﴾[(١)]. فدلّ بمفهومه أنّ تعظيم غير شعائر الله من فجور القلوب عياذاً بالله -تعالى- [(٢)].

ولأنّ النّهي عن الحلف بغير الله في قوله ﷺ: «مَنْ كانَ حَالِفاً فَلا يَحْلِفُ إلاّ بالله»[(٣)]، الحكمة فيه أنّ الحلف يقتضي تعظيم المحلوف به، وحقيقة العظمة مختصّة بالله تعالى، فلا يضاهي به غيره[(٤)].

أمّا التّغليظ بالزّمان؛ فيكون بعد صلاة العصر، ومثله شهر رمضان ليله ونهاره، ولاسيما ليلة القدر منه، ويوم عرفة، ويوم عاشوراء، ويوم الجمعة، وبين أذانٍ وإقامةٍ؛ فإنّها أوقاتٌ مشرّفةٌ في الشّرع، معظمةٌ عند

=

الباري ٣٣٦/٥، و١٦٦/١٣، ومنتهى الإرادات ٤١٥/٢، وشرح منتهى الإرادات ٧١٤/٢، والمحلّى ٤٥٨/٨-٤٥٩.

(١) سورة الحجّ، الآية: ٣٢.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٦، وبدائع الصّنائع ٣٤٢/٥، والهداية ١٦٠/٣، ومختصر المزني ص ٤١٤، والمغني ٢٢٤/١٤-٢٢٥.

(٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أخرجه البخاري في صحيحه ١٨٢/٧، كتاب فضائل أصحاب النّبيّ ﷺ، باب أيام الجاهلية، برقم: (٣٧٠٠)، ومسلم في صحيحه ١٢٦٧/٣، كتاب الأيمان، باب النّهي عن الحلف بغير الله تعالى، برقم: (١٦٤٦/٤)، واللّفظ له.

(٤) انظر: شرح مسلم ١٠٧/١١.

النّاس، ومن شأن أهل الدِّيانة أن يرتدعوا أكثر في الأوقات الشّريفة والمواضع المعظمة[(١)].

وحُجّةُ هذا القول:

قوله -تعالى-: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾[(٢)]، قيل في تفسيره: بعد صلاة العصر، وهو قول الأكثر من العلماء؛ لأنّ أهل الأديان يعظمون ذلك الوقت ويتجنّبون فيه الكذب واليمين الكاذبة[(٣)].

وما جاء في التّغليظ فيمَنْ حلف بعد العصر في حديث أبي هريرة ﷺ عن النّبيّ ﷺ قال: «ثلاثةٌ لا يُكَلِّمُهم الله يوم القيامة ولا يَنْظر إليهم: رجلٌ حلف على سلعته لقد أُعْطِيَ بها أكثر مِمّا أُعْطِي وهو كاذبٌ، ورجلٌ حلف على يَمينٍ كاذبةٍ بعدَ العصر ليقتطع بها مال امرئٍ مسلمٍ، ورجلٌ منع فضلَ ماء الله؛ فيقول الله: اليومَ أَمْنَعُك فَضلِي، كما مَنَعْتَ فضلَ ما لَمْ تَعْمَلْ يداك»[(٤)].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٢/٥، والمعونة ١٥٨٣/٣، وعقد الجواهر ١٠٧٨/٣-١٠٧٩، والذّخيرة ٧١/١١، وشرحي ابن ناجي وزروق ٨١/٢، و٢٧٧-٢٧٨، والفواكه الدّواني ٢٤٣/٢، ومختصر المزني ص ٤١٤، والمهذّب ٦٧٨/٣، ومنتهى الإرادات ٤١٥/٢، وشرح منتهى الإرادات ٧١٤/٦.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١٠٦.

(٣) انظر: أحكام ابن العربي ٢٤٢/٢، وتفسير القرطبي ٣٢٧/٦، والمعونة ١٥٨٦/٣، ومختصر المزني ص ٤١٤، وشرح منتهى الإرادات ٧١٤/٦.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٣٣/١٣، كتاب التّوحيد، باب قوله تعالى -سورة القيامة-: ﴿وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاضِرَةٌ (٢٢) إِلَىٰ رَبِّهَا نَاظِرَةٌ﴾، برقم: (٧١٧٢)، ومسلم في صحيحه ١٠٣/١، كتاب الإيمان، باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار...، برقم (١٠٨)، واللّفظ للبخاري.

والشّاهد منه: ((ورجلٌ حلف على يَمينٍ كاذبة بعد العصر ليقتطع بها مال امرئ مسلم))؛ حيث دلّ دلالةً صريحةً على تغليظ الحلف بعد العصر.

قالَ في المعونة: ((واختير بعد صلاة العصر؛ لأنّه وقتٌ يَجتمع فيه النّاس وربّما ردع ذلك الحالف به))[١].

قال في المنهاج: ((وأمّا الحالف كاذباً بعد العصر فَمُسْتَحقّ هذا الوعيد. وخُصَّ ما بعد العصر لشرفه، بسبب اجتماع ملائكة اللّيل والنّهار وغير ذلك))[٢].

وتعقّبه في فتح الباري بقوله: ((إنّما خصّ النّبيّ ﷺ هذا الوقتَ بتعظيم الإثم على مَنْ حلف فيه كاذباً؛ لشهود ملائكة اللّيل والنّهار في ذلك الوقت. وفيه نظرٌ؛ لأنّ بعد صلاة الصّبح يشاركه في شهود الملائكة، ولم يأتِ فيه ما أتَى في وقت العصر، ويُمكن أن يكون اختصّ بذلك لكونه وقت ارتفاع الأعمال))[٣].

ولأنّ أدبار الصّلوات خصوصاً والعبادات عموماً أوقاتٌ مُشَرَّفَةٌ مُعَظَّمَةٌ ترتَجى فيها إجابة الدّعاء ويتقرّب فيها الإنسان إلى الله -تعالى- بالتّسبيح والذّكر، فهي أبعد من اكتساب الآثام بالأيمان الكاذبة[٤].

٩-مسألة: مَنْ رضي بِيَمينه غَرِيْمُهُ، ثم أراد إقامة البيّنة بعد حلفه:

هذه المسألة عُبِّر عنها في بعض كتب الفقه[٥] بحكم أداء اليمين،

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ١٥٨٦/٣.

(٢) شرح مسلم للنّووي ٣٠٠/٢، وانظر: فتح الباري ٣٣٦/٥.

(٣) فتح الباري لابن حجر ٣٣٦/٥.

(٤) انظر: المعونة ١٥٨٦/٣، ومنتهى الإرادات ٧١٤/٦.

(٥) كبدائع الصّنائع ٣٤٤/٥، والذّخيرة ٧٤/١١، وقواعد الحريري ص ١٢١-١٢٢.

وهو إمّا أن تكون بيّنة الْمُدَّعِي حاضرةً في مجلس القضاء أو غائبةً عنه.

فإن كانت حاضرةً ففيه مذهبان:

المذهب الأوّل:أنّ الخصومة تنقطع بأدائها مطلقاً؛ بناءً على هذا فمَن رضي بيَمينه غَرِيْمُهُ مع حضور البيّنة، ثم أراد إقامة البيِّنة بعد حلفه، فإنّ بيِّنَتَهُ لا تُسْمَع إلاّ إنْ أتى بعذرٍ يتوجّه له في ترك إقامتها قبل استحلافه. وبه قال المالكية والظّاهرية والحنابلة في قولٍ، وأبو حنيفة وزاد: بأنّه ليس للمُدَّعِي حقّ استحلاف الْمُدَّعَى عليه مع حضور بيّنته أصلاً[١].

المذهب الثّاني: أنّ الخصومة تنقطع بأدائها للحال لا براءة الذّمّة،بل مؤقّتاً إلى غاية إحضار البيّنة، فبناء على هذا تُسْمَعُ بيّنة الْمُدَّعِي وتُقْبَل لو أقامها بعد يَمين الْمُدَّعَى عليه، وبه قال الحنفية والشّافعية والحنابلة وقولٌ للمالكية[٢].

استدلّ أصحاب القول الأوّل بقوله ﷺ : ((بيِّنَتُكَ أو يَمينُه))، وفي لفظٍ: ((شاهداك أو يَمينُه))، وفي حديثٍ آخر: ((ليس لك منه إلاّ ذلك))[٣].

---

(١) انظر: انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، والهداية ١٥٦/٣، والذّخيرة ٥٦/١١، و٦٦، و٧٤-٧٥، والقوانين الفقهية ص ٢٠٠، و٢٠٢، وفتح الباري ٥٧١/١١، وتكملة المجموع ٢٧٦/٢٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٣٦/٦-٥٣٧، و٥٤٠-٥٤١، و٥٤٤، والمحلّى ٤٤١/٨، و٤٤٧-٤٤٩.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٦/٥، و٣٤٤، والذّخيرة ٧٤/١١، والقوانين الفقهية ص ٢٠٢، والمهذّب ٦١٩/٣-٦٢٣، ومختصر الخرقي ٢٢٠/١٤، ومنتهى الإرادات ٤١٤/٢، وشرح منتهى الإرادات ٧٠٨/٦.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ١٢٤/١، كتاب الأيمان، باب وعيد مَنِ اقتطع حقّ مسلم برقم: (١٣٩).

ووجه الاستدلال منه؛ أنّ «أو» للتّخيير، تقتضي أنّه يملك أحد شيئين فلا يجمع بينهما، فلو جاز إقامة البيّنة بعد الاستحلاف؛ لكان له الأمران -اليمين والبيّنة- جميعاً، وهو خلاف مُقتَضَى الحديث؛ لأنّه يقتضي أنّه ليس له إلاّ أحدهما[1].

وأجيب عنه بأنّ المقصود من هذا الكلام نفي طريق أخرى لإثبات الحقّ؛ فيعود المعنَى إلى حصر الحجّة في البيّنة واليمين[2].

وأجيب عن هذا الجواب -أيضاً- بأنّ النّظر إلى اعتبار مقاصد الكلام وفهمه يضعّفه[3].

وقالوا -أيضاً-: لأنّه لو أقام البيّنة لا تبقى له ولاية الاستحلاف؛ فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البيّنة، والجامع أنّ حقّه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما.

ولأنّ اليمينَ بدلٌ فلا يجوز تقديمها عليها، ولا الجمع بينها وبين بدلها؛ كسائر الأبدال مع مبدلاتها[4].

ودليل أبي حنيفة: أنّ ثبوت حقّ مطالبة الْمُدَّعِي الْمُدَّعَى عليه باليمين مُرَتَّبٌ على فقدان بيّنة الْمُدَّعَى والعجز عن إقامتها؛ لأنّها بدلٌ عن

---

(١) انظر: إحكام ابن دقيق ص ٨٩٤، وفتح الباري ٥٧١/١١، وتكملة المجموع ٢٧٦/٢٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٣٧، و٥٣٩، والمحلّى ٤٤٢/٨.

(٢) انظر: إحكام ابن دقيق ص ٨٩٤، وفتح الباري ٥٧١/١١.

(٣) انظر: المرجعين السّابقين.

(٤) انظر: الهداية ١٥٦/٣، وتكملة المجموع ٢٧٦/٢٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٤٤/٦.

البيّنة، فلا يجوز تقديم البدل على الأصل الحاضر[١].

واستدلّ أصحاب القول الثّاني بأنّ البيّنة هي الأصل في الحجّة؛ لأنّها كلام الأجنبي، وأمّا اليمين فكالخلف عن البيّنة؛ لأنّها كلام الخصم صيْرَ إليها للضّرورة، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف؛ فكأنّه لم يوجد أصلاً[٢].

ويجاب عن هذا؛ بأنّ الخلف إنّما يبطل بوجود الأصل إذا كان قبل حصول المقصود، أمّا بعد حصول المقصود فلا؛ كالمتيمِّم يجد الماء بعد أداء الصّلاة. والله تعالى أعلم بالصّواب.

ولعلّ الرّاجح هو القول بأنّ حكم أداء اليمين هو انقطاع الخصومة مطلقاً وبراءة الذّمّة، وليس للمُدَّعِي بعد ذلك إقامة البيّنة، إلاّ إذا أتى الْمُدَّعِي بعذرٍ وجيه، أو استأنف الدّعوى، وذلك لقوّة دليلهم، ولأنّ القول بانقطاع الخصوم مؤقّتةً يعطل مهمّة القضاء وفائدته وهي الإلزام بواسطة إقامة الحجّة[٣]، ويجعل قضاء القاضي معلّقاً غير نافذٍ، ولا تنتهي خصومة. والله -تعالى- أعلم.

وأمّا إن كانت بيِّنَةُ الْمُدَّعِي غائبةً بعيدةً عن مجلس القضاء، أو لا يمكنه إحضارها، فله تحليف الْمُدَّعَى عليه، ثم إقامة البيّنة؛ لقول عمر بن الخطاب ﷺ: «البيّنة الصّادقة أحَبُّ إليَّ من اليمين الفاجرة»[٤]، ولأنّه يلزم من صدق

---

(١) انظر: الهداية ١٥٦/٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٤/٥، والمهذّب ٦٢٣/٣، والمغني ٢٢٠/١٤-٢٢١.

(٣) انظر: الهداية ١٥٦/٣، والمغني ٢٣٥/١٤، والمحلّى ٤٤١/٨.

(٤) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ١٨٢/١٠، باب البَيِّنة العادلة أحقّ من اليمين الفاجرة، روي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وشريح القاضيّ رحمه الله، برقم: (٢٠٥٢٠).

البيّنة فجور اليمين المتقدّمة فتكون أولَى، ولأنّ كلّ حالٍ وجب فيها الحقّ بإقراره وجبت عليه البيّنة كما قبل اليمين، ولأنّه هو الأنظر الذي تقتضيه المصالح وظواهر النّصوص[١].

١٠-مسألة: اشتراط الخلطة للاستحلاف:

أَتُشتَرَطُ الخلطة في الْمُتَدَاعِيَين بأن يكونا مِمَّن يُتَّهَمُ بذلك ويليق به، لصحّة توجيه اليمين إذا كانت الدّعوى في المال، أم لا تشترط وإنّما تجب اليمين بالدّعوى نفسها؟ فيها مذهبان:

المذهب الأوّل: ذهب الحنفية والشّافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط ذلك، وأنّه يحلف الْمُدَّعَى عليه بالدّعوى نفسها[٢].

المذهب الثّاني: ذهب المالكية إلى أنّه تشترط الخلطة في الْمُتدَاعِيَين، بأن يكونا مِمَّن يُتَّهَمُ بذلك ويليق به لصحّة توجيه اليمين؛ فلا يقضي الحاكم باليمين على الْمُدَّعَى عليه للمُدَّعِي إلاّ أن يعلم أنّ بينهما مخالطةً -كونه مخالطاً للمُدَّعِي- أو معاملةً أو تُهمةً يكون منه ما يظنّ به صدق دعواه دون الاقتصار على مُجرّد الدّعوى[٣].

=

وانظر: الذّخيرة ١١/٧٥، والمغني ١٤/٢٢٠، وشرح منتهى الإرادات ٦/٥٤٤، والمحلّى ٨/٤٤٢، وقواعد الحريري ص١٢١.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٤٤، والهداية ٣/١٥٦، والذّخيرة ١١/٧٥، والمهذّب ٣/٦١٩-٦٢٣، ومختصر الخرقي مع المغني١٤/٢٢٠، وشرح منتهى الإرادات ٦/٥٤٤، وقواعد الحريري ص١٢١.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، والهداية ٣/١٥٥-١٥٦، وبداية المجتهد ٤/٤٥٣، ومنتهى الإرادات ٢/٤١٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/٧٠٨.

(٣) وهو قول عمر بن عبد العزيز، وجماعة من علماء المدينة منهم: الفقهاء السّبعة، وابن القيم.

=

أدلّة الجمهور:

١-قوله ﷺ: ((البيّنةُ على الْمُدَّعِي واليمين على مَنْ أنكر))؛ حيث دلّ بعمومه على أنّ اليمين تلزم الْمُدَّعَى عليه بالدّعوى نفسها دون اعتبار الخلطة[1].

٢-قوله ﷺ: ((شاهداك أو يمينه))؛ حيث إنّ النّبيّ ﷺ أمر الْمُدَّعَى عليه في الحديث بالحلف بعد أن سمع الدّعوى ولم يسأل عن حالهما[2].

وأجيب عنه بأنّه ليس فيه التّصريح بخلاف مذهب المالكية؛ لاحتمال أن يكون النّبيّ ﷺ علم من حاله ما أغناه عن السّؤال فيه، وقال خصمه عنه: إنّه لا يبالي ولا يتورّع عن شيءٍ، ولم ينكر عليه ذلك النّبيّ ﷺ، ولو كان بريئاً ممّا قال لبادَر للإنكار عليه، بل قد جاء في بعض طرق الحديث ما يدلّ على أنّ الغصب الْمُدَّعَى به وقع في الجاهلية[3]، ومثل ذلك تسمع الدّعوى بيمينه فيه[4].

وأدلّة المالكية:

١-أنّه مَرْوِيٌّ عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه، وهو صحابِيٌّ جليلٌ إمامٌ ولا مُخَالِفَ له[5].

=

انظر: رسالة القيرواني ص ٢٤٥، والمعونة ١٥٠٩/٣، والاستذكار ١٢٤/٦-١٢٥، وبداية المجتهد ٤٥٣/٤، وعقد الجواهر ١٠٨٢/٣، وشرح زروق ٢٧٥/٢، وشرح مسلم ٢٣٠/١٢، والطّرق الحكمية ص ١٠٩-١١٤، و١٣٩.

(١) انظر: الاستذكار ١٢٧/٦، وشرح مسلم ٢٣٠/١٢، وبداية المجتهد ٤٥٣/٤.

(٢) انظر: فتح الباري ٥٧١/١١.

(٣) الجاهلية هي ما قبل النّبوّة لكثرة جهلهم.
انظر: شرح مسلم ٣٤٠/٢، وفتح الباري ١٨٣/٧، و٤٨٣/١٠.

(٤) انظر: فتح الباري ٤٧١/١١-٤٧٢.

(٥) أخرج نحوه البيهقي في السّنن الكبرى ٢٦١/١٠، وانظر: المعونة ١٥٠٩/٣.

٢-أنّه مَرْوِيٌّ عن عمر بن عبد العزيز وهو من الأئمة الرّاشدين المقتدَى بهم في أقوالهم وأفعالهم؛ لفضلهم؛ أنّه لَمّا كان عاملاً على المدينة؛ فإذا جاءه الرَّجُلُ يَدَّعِي على الرَّجُلِ حقّاً نَظَرَ؛ فإن كانت بينهما مُخَالَطَةٌ ومُلابَسَةٌ حَلَّفَ الذي ادُّعِيَ عليه، وإن لم يكن شيءٌ من ذلك لم يُحَلِّفْهُ[١].

٣-النّظر إلى المصلحة، وعمل بالذّرائع، ومعنى ذلك: المنع من المباح إذا قويت التّهمة في التّطرّق به إلى الممنوع، لكيلا يتطرّق النّاس بالدّعاوى إلى تعنيت بعضهم بعضاً، وإذاية بعضهم بعضاً، وهذا موجودٌ في مسألتنا؛ لأنّ اليمين تشقّ وتصعب على أهل الأقدار والدِّيانات، وربّما افتدوا منها، وربّما بذلوا الذي يدَّعَى عليهم كراهية أن يتحدّث عنهم أنّهم أقدموا على اليمين وحراسة لحسن الظّنّ بهم وانتفاء التّهمة عنهم[٢].

٤-عمل أهل المدينة النّبويّة على ساكنها أفضل الصّلاة والسّلام؛ كعمر بن عبد العزيز، والفقهاء السّبعة[٣].

٥-قول عمر بن عبد العزيز -رحمه الله-: «تَحْدُثُ للنّاس أَقضيةٌ بِقَدْرِ ما أَحْدَثوا مِنَ الفُجور»[٤].

---

(١) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ٢٥٣/١٠، برقم: (٢٠٩٩٨)، وانظر: الفواكه الدّواني ٢٤٠/٢.

(٢) انظر: المعونة ١٥٠٩/٣-١٥١٠، وبداية المجتهد ٤٥٣/٤.

(٣) انظر: الفواكه الدّواني ٢٤٠/٢، وشرح مسلم ٢٣٠/١٢.

(٤) نسبه إليه ابن أبي زيد القيرواني في رسالته ص ٢٤٥، ونحوه ما ذكره ابن حزم عن ابن وضاح في المُحلّى ٤٥٢/٨ أنّه قال: «أرى لفساد النّاس أن يُحلِّف الحاكمُ الشّهودَ»، ونسبه ابن حجر في فتح الباري ١٥٥/١٣ إلى الإمام مالكٍ رحمه الله، وانظر: الفواكه الدّواني ٢٤٠/٢.

ووجه استدلالهم به؛ قال في الفواكه الدّواني: «والمعنَى؛ أنّ المجتهد يجوز له أن يجدّد أحكاماً لم تكن معهودةً في زمن النّبيّ ﷺ ، ولا في زمن الصّحابة، بقدر ما يُحْدِثُهُ النّاسُ من الأمور الخارجة عن الشّرع، ولكن لو وقعت في زمن النّبيّ ﷺ ، أو في زمن الصّحابة لَحكموا فيها بـذلك...؛ وذلك لأنّ قواعد الشّرع دلّت على أنّ عدم وقوعها في زمان النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، وزمن الصّحابة لعدم حصول أسبابها، وتـأخير الحكـم لتأخير سببه لا يقتضي خروجه عن الشّرع؛ كما لو أنزل الله حكمـاً في اللّواط من رجمٍ أو غيره من أنواع العقوبـات، ولم يوجـد في زمـان المصطفى عليه الصّلاة والسّلام ولا غيره من أصحابه، وَوُجِدَ في زماننـا؛ فإنّا نحكم عليه بتلك العقوبة، ولا يعدّ هذا تَجديداً لشريعة. ويَجب تقييد هذا كلّه بأَنْ لا يلزم عليه إباحة محرّم، ولا ترك واجب»[١].

ولعلّ الأرجحَ القولُ بعدم اشتراط الخلطة اشتراطاً؛ لقوّة أدلته وعدم نصٍّ صريحٍ للاشتراط، ولكن يُستحبّ ذلك، والقاضي يَنبغـي لـه أن يَجتهد في كلّ قضاء بما يقتضيه المقام عملاً بأثر عمر بن عبد العزيز رحمه الله: «إنّا والله لا نُعْطِي اليمينَ كلَّ مَنْ طَلَبها، ولا نُوجِبُها إلاّ بشبيه بمـا يُوجِبُ به الْمَالَ»[٢]، ولأنّ في الأصول أَنَّ مَنْ جاء بِمـا لا يُشْـبِهُ، ولا يُمكن في الأغلب وتكذبها العادة؛ فإنّها لَمْ تُقْبَلْ دعواه.

ولِما قال في السّنن الكبرى بعد أن أخرج أثر عمر بن عبد العزيـز وهو يقضي بالمدينة أنّه كان لا يُحلِّف إلاّ بِوجود مخالطـةٍ أو ملابسـةٍ:

---

(١) الفواكه الدّواني للنّفراوي ٢/٢٤٠-٢٤١.

(٢) قال الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ٦/١٢٥: «قال أبو الزّناد: يريـدُ بـذلك الْمُخالطةَ واللّطخ والشّبَهَ»، وانظر: الذّخيرة ١١/٨، والطّرق الحكمية ص ١٣٩.

«وهذا شيء ذهب إليه على وجه الاستحسان»[(١)].

وبهذا يمكن العمل بموجب جميع الأدلة، والله -سبحانه تعالى- أعلم بالصّواب.

١١-مسألة: قضاء القاضي وحكمه نافذٌ في الظّاهر لا في الباطن:

إذا قضى القاضي وحكم بموجب البيِّنة أو اليمين؛ فإنّ حكمه لا يُحلّ للإنسان ولا يبيح له ما لم يكن حلالاً له؛ فلا يُحلّ حراماً في الباطن في الأموال بلا خلاف[(٢)]. والدّليل لهذا قوله ﷺ: «إِنَّكُم تَخْتَصِمُون إِلَيَّ، ولَعَلَّ بعضَكُم أَنْ يكون أَلْحَنَ بحُجَّته منْ بَعْض؛ فأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحو ممَّا أَسْمَعُ منْهُ؛ فَمَنْ قَطَعْتُ لَهُ منْ حَقِّ أَخيه شيئاً؛ فلا يَأْخُذْهُ؛ فَإِنّمَا أَقْطَعُ لَهُ به قطْعَةً منَ النَّار»[(٣)]، وهذا صريحٌ في أَنَّ حكم الحاكم لا يحل ما حرّمه اللهُ ورسولُهُ، ولنهيه عن أخذه إذا كان يعلم أنّه في الأمر نفسه لغريمه.

وأمّا في الفروج فقد اختلفوا في حلّ عصمة نكاح مَنْ عقد عليها بظاهر الحكم وهي في الباطن بخلاف، على مذهبين:

المذهب الأوّل: مذهب الجمهور: المالكية والشّافعية والحنابلة وقولٌ للحنفية: أنّ الفروج كالأموال؛ في أنّ حكم الحاكم لا يُحلّ حرامها في الباطن،

---

(١) السّنن الكبرى للبيهقي ٢٥٣/١٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٥٨/٥-٤٥٩، والتّلقين ص ٥٣٣، والمعونة ١٥١٣/٣-١٥١٦، والاستذكار ٩٩/٦، و٩٩، وشرح مسلم ٢٨٢/١٠، و٢٣٢/١٢-٢٣٣، وفتح الباري ٥٧١/١١، و٣٥٥/١٢، و١٨٤/١٣، والمغني ٢٦٣/١٤، و٢٧٥-٢٧٧، وشرح منتهى الإرادات ٥٥٧/٦-٥٥٨.

(٣) من حديث أمّ سلمة أخرجه البخاري في صحيحه ١٢٨/٥، كتاب المظالم، باب إثم مَنْ خاصَمَ في باطلٍ وهو يَعْلَمُهُ،برقم:(٢٣٨٤)،ومسلم في صحيحه١٣٣٧/٣، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظّاهر واللّحن بالحجّة، برقم: (١٧١٣)، واللّفظ له.

ولا بدّ من نقضه، وردّ الحقّ إلى صاحبه، ولا يُمَكَّن من وطء امرأة يَحتمل أن تكون أجنبيَةً منه؛ ولأنّ الأبضاع ممّا يُحتاط فيها[١].

المذهب الثّاني: مذهب الحنفية؛ التّفريق بين الأموال والفروج؛ ففي الأموال لا يُحلّ حكم الحاكم حراماً في الباطن، وأمّا الفروج؛ فإنّ حكم الحاكم يُحلّها ظاهراً وباطناً[٢].

وحجّتهم اللّعان، قالوا: ذلك أنّ الزّوجة إنّما وصلت إلى فراق زوجها باللّعان الكاذب الذي لو عَلِمَ الحاكمُ كَذبَها فيه ما فرَّق بينها وبين زوجها، ولا حَكَمَ بغير ذلك من وجوب الحدّ عليها: الجلد أو الرَّجم، وقالوا: لأنّ حكمه إنشاء له فيُنفَّذ ظاهراً وباطناً[٣].

وأجيب عنه بأنّ الفرقة في اللّعان إنّما وقعت عقوبةً للعلم بأنّ أحدهما كاذبٌ، وهو أصلٌ برأسه فلا يقاس عليه[٤].

وأجيب عن مذهب الحنفية أيضاً بأنّه مخالفٌ لحديث الجمهور الصّحيح الصّريح، ولإجماع مَنْ قبلهم، ومخالفٌ لقاعدة وافق الحنفية وغيرهم عليها وهي: (أنّ الأبضاع أولَى بالاحتياط من الأموال)؛ فلا تُباح بيمينٍ ولا بنكولٍ ولا به وبيمين الْمدَّعِي[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٥٨/٥، والمعونة ١٥١٣/٣-١٥١٤، والاستذكار ٩٩/٦، وشرح مسلم ٢٣٢/١٢-٢٣٣، وفتح الباري ١٨٧/١٣-١٨٨، والمغني ٢٣١/١٤، و٢٦٣، و٢٧٦، وشرح منتهى الإرادات ٥٥٧/٦-٥٥٩.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٨٠/٥، و٤٥٨، وشرح مسلم ٢٣٣/١٢، وفتح الباري ٥٧١/١١، و١٨٧/١٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٥٩/٥، والاستذكار ١٠٠/٦، وفتح الباري ٥٧١/١١، و١٨٧/١٣.

(٤) انظر: فتح الباري ١٨٧/١٣.

(٥) انظر: شرح مسلم ٢٣٣/١٢، وفتح الباري ٢٨٨/١٣، والمغني ٢٧٦/١٤.

حجّة الجمهور:

١-قوله ﷺ : ((إنّما أنا بشرٌ مثلكم، وإنّه ليأتيني الْخَصْمُ، فلعلّ بعضكم أن يكون أبلغَ مِنْ بَعْضٍ؛ فأَحْسبُ أنّه صادقٌ فأقْضي له...))[١].

٢- قوله ﷺ : ((مَنِ اقتَطَع حقَّ امرئٍ مسلمٍ بيمينه؛ فقد أَوْجَبَ الله له النَّارَ، وحرَّمَ عليه الجنّة))[٢]؛ حيث أسندَ اقتطاعه لحقٍّ إلى يمينه؛لأنّــه مستند الحاكم في قضائه له بذلك،وإن كان الواقع خلافه[٣].

ووجه الاستدلال منهما أنّ مفادهما عامٌّ، ولم يرد نصٌّ صحيحٌ يقتضي تخصيصه؛ فيبقى على عمومه، وهذا العموم يشمل الحقوق المالية والفروج على حدّ سواء، بل الفروج أولى؛ إذ كيف يُمَكَّن مِنْ وَطْءِ امرأةٍ يَحْتَملُ أن تكون أجنبيَّةً منه؟ والأصل المجمع عليه عند الجميع أنّ الأبضاعَ مبنيّةٌ على الحظر والتّحريم.

وبهذا يَترجّح مذهب الجمهور في أنّه يحرم للإنسان أن يأخذ ما لا يحلّ له، حتّى لو حكم له الحاكم بذلك؛ فإذا علم الرّجلُ أنّه كاذبٌ في بيّنته أو يَمينه فلا يَحلّ له وطء المرأة المحكوم له بها بالبيّنة الكاذبة واليمين الفاجرة، فإن فعل عالَماً بالحال عُدَّ زانياً وحُدَّ[٤].

١٢-مسألة: فائدة مشروعية اليمين:

ذكر أهل العلم لمشروعية اليمين فوائد قضائية منها[٥]:

---

(١) من حديث أم سلمة المتقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٢) من حديث أبي أمامة الحارثي الأنصاري وليس الباهلي رضي الله عنه، تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٣) انظر: شرح مسلم ٣٤١/٢، وفتح الباري ٨٩/٥، و٥٦٨/١١، و٥٧١.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ٥٥٨/٦، ومراجع المذهب الأوّل السّابقة.

(٥) انظر: الهداية١٧١/٣، والمعونة ١٥٦٩/٣، و١٥٨٤، وبداية المجتهد ٤٤٠/٤، =

١-الرّدع والزّجر والتّخويف، كما في حديث أبي أمامة الحارثي الأنصاري المتقدّم تخريجه؛ فيُقِرُّ إن كان الْمُدَّعِي مُحِقّاً، أو يَحلف فتبرأ ذمّته إن كان مُبْطِلاً.

٢-دفع الدّعوى ونفيها، وهي التي تُسَمَّى يَميناً دافعةً رافعةً نافيةً، وهي المقصودة بالأصل في براءة الذّمّة، وتُوَجَّه على الْمُدَّعَى عليه إذا أنكر.

٣-القضاء على الْمُدَّعَى عليه بنكوله منفرداً أو مع يَمين الْمُدَّعِي أو مع شاهده.

٤-جلب الحقّ وإثباته للمُدَّعِي، وهي التي تُوَجَّه على الْمُدَّعِي عند عدم بيّنته ونكول خصمه، أو مع الشّاهد لإثبات حقّه. أوجلب الحقّ وإثباته للمُدَّعَى عليه، بأن يُحْكَم باليد مع يَمين صاحبها؛ كما إذا ادَّعَى عليه عيناً في يده فأنكر؛ فإنّه يَحلف وتُتْرَك يده لترجّح صاحب اليد.

٥-انقطاع الْخصومة والْمطالبة حالاً أو مطلقاً وتخليص كلٍّ من الْخصمين من ملازمة الآخر، ولكن لا تُسْقِطُ الْحقَّ ولا تُبْرِئ الذّمّة باطناً.

من تطبيقات القاعدة:

١-صورة الحكم أن يبدأ الحاكم بالسّماع من الْمُدَّعِي الذي هو الطّالب، ثم من الْمُدَّعَى عليه الذي هو الْمَطلوب، هل يُقِرُّ أو يُنْكِر، ثم يطلب البيّنة من الطّالب على صحّة دعواه إن أنكر الْمَطلوب، ثم توجيه اليمين على الْمَطلوب بطلب الطّالب إن لم يكن للطّالب البيّنة؛ فإنْ

=

والذّخيرة١١/٥٣، و٦٦، و٧٨، والقوانين الفقهية ص ٢٠٢، ومختصر المزني ص ٣٣٧، و٤١٢، وتكملة المجموع ٢٢/٢٦٩، والمغني ١٤/٢٣٥، و٢٧٦.

حلف حُكِم له بها؛ لقوله ﷺ : ((ليس لك إلاّ ذلك))[١]، يعني: إمّا بيّنتُكَ، أو يَمينُ الْمدَّعى عليه[٢].

٢-أنّ البيّنة أعمّ وأشمل من شهادة الشّهود، بل الشّهادة بيّنة من البيّنات القضائية وهي كلّ ما تُبيْنُ وتُكْشِفُ الحقّ وتوضحه، فلو وجد مثلاً رجلٌ رقيق الحال يركب سيارةً من آخر طراز، ويَحمل في جيبه ألوف الدّنانير والرّيالات؛ فإنّه يستأنس به على أنّ يده يدٌ مُبْطِلَةٌ؛ فإذا اتُّهِمَ بالسّرقة أو السّطو والنّهب سُمِعَت الدّعوى؛ لأنّه ليس من أهل هذه الأموال التي يده عليها، وهذا -أيضاً- يدلّ على أنّه حيث قُضِي باليد؛ فإنّما يُقْضَى بها إذا لم يعارضها ما هو أقوى منها[٣].

٣-أنّ البيِّنةَ مُقَدَّمةٌ وأولَى من اليد، ومِنَ يَمين الْمُدَّعَى عليه؛ لأنّها حُجَّةٌ صريحةٌ في إثبات الملك لا تُهمة فيها، واليد تَحتمل الملك وغيره، فمَنْ جاء بها قُضِيَ له بِحقّه من غير يَمين؛ لأنّ البيّنة تشهد بما تشهد به اليد؛ لأنّ اليد مبهمةٌ والبيّنة مُفَسِّرةٌ، ولأنّه محالٌ أن يُسأل عن البيِّنة دون ما يَجب له الحكم به، ولو كان اليمين من تَمام الحكم له، لطُلِبَ منه بيِّنَتُهُ ويَمينُهُ على صدقها، وهو خلاف قوله ﷺ : ((شاهداك أو يمينه...، ليس لك منه إلاّ ذلك))[٤].

---

(١) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة من حديث وائل بن حُجْر.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤٥٣/٤، وفتح الباري ٥٧١/١١-٥٧٢.

(٣) انظر: تكملة المجموع ٢٧٥/٢٢.

(٤) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة من حديث الأشعث.

وانظر: الهداية ١٥٦/٣، والمعونة ١٥٦٥/٣، والمهذّب ٦٢٢/٣، و٦٤٦، وفتح الباري ٥٧٢/١١، والعدّة ٢٢٩/٢-٢٣٠.

٤-أنّه لا يجوز سماع البيّنة، ولا الحكم بها إلاّ بمسألة الْمُدَّعِي؛ لأنّه حقٌّ له، فلا يُستَوفَى إلاّ بإذنه[١].

٥-إن قال الْمُدَّعَى عليه: أحلفوا الْمُدَّعِي أنّه يَستَحِقّ ما شهدت به البيّنة، لَم يَحلفْ؛ لأنّ في ذلك طعناً في البيّنة العادلة، إلاّ أن تكون البيّنة غير عادلة، وللقاضي أن يقول له: زِدْني في شهودك[٢].

٦-أنّ يَمين الْمُدَّعِي مع شاهد واحد بيِّنةٌ يحكم بها القاضي في حقوق الأموال؛ لأنّ سبب الْمُدَّعِي قد قوِي بالشّاهد فيكون اليمين في جنبه[٣].

٧-أنّ يَمين الْمُدَّعِي ونكول الْمُدَّعَى عليه بيِّنةٌ يُحْكَم بها في الأموال وما يتعلّق بها؛ لأنّهما سببان مؤثِّران في تنفيذ الحكم، فإذا اجتمعا وجب الحكم بهما؛ كالشّاهد واليمين، وذلك أنّ النّكول مؤثِّرٌ في وجوب الحكم به إذا انضمّ إليه شاهدٌ وامرأتان، وكذلك كون اليمين في جنبة الْمدَّعِي[٤].

٨-أنّ الشّاهد الواحد ونكول الْمُدَّعَى عليه بيِّنةٌ يحكم بها القاضي في حقوق الأموال؛ لأنّ النّكول سببٌ مؤثِّرٌ في الحكم فوجب إذا انضاف إلى الشّاهد الواحد أن يحكم به أصله يمين الْمُدَّعِي[٥].

٩-لو شهدت البيّنةُ بخلاف ما يعلمه القاضي علماً حسيّاً بِمشاهدةٍ أو سماعٍ، يقينيّاً أو ظَنّيّاً راجحاً، لَم يَجز له أن يَحكم بِما قامت به البيّنة،

---

(١) انظر: المهذّب ٣/٦٢٢، وشرح منتهى الإرادات ٦/٥٢٥.

(٢) انظر: المهذّب ٣/٦٢٢.

(٣) خلافاً للحنفية، وقد تقدّمت المسألة. وانظر: المعونة ٣/١٥٤٧.

(٤) انظر: المعونة ٣/١٥٤٩.

(٥) خلافاً للشّافعية، وقد تقدّمت المسألة. وانظر: المعونة ٣/١٥٤٨.

وقد نُقِلَ الاتّفاق على ذلك، وإن وقع الاختلاف في قضاء القاضي بعلمه؛ فله أن يحيل القضاء إلى قاضٍ آخر، ويكون أحد الشّهود[١].

١٠-أنّ صاحب اليد أولَى بالْمُدَّعَى فيه من غيره الذي لا بيّنة له؛ لأنّه على الأصل لشهادة اليد له؛ لذلك جُعِلَ أضعفُ الدَّليلين -البيِّنة واليمين- دليلَهُ وهو اليمين، والْمدَّعِي على خلاف الأصل؛ لذلك جُعِلَ دليلَهُ أقواهما، وهو البيِّنة[٢].

١١-أنّ الأُمّة إنّما كلّفوا القضاء على الظّاهر، وأنّ حكم الحاكم مَبْنِيٌّ على الظّاهر؛ لكونه مَبنِيّاً على بيِّنة أو يمينٍ من أحد الْمُتداعِيَين، وإن كان المحكوم له في الأمر نفسه مبطلاً[٣].

١٢-إذا قضى القاضي وحكم؛ فإنّ حكمه لا يُحلّ للإنسان ولا يبيح له ما لم يكن حلالاً له؛ فلا يُحِلّ حراماً في الباطن في الحقوق المالية وفي الفروج، وقد تقدّم.

١٣-مَنِ ادَّعَى مالاً ولم يكن له بيّنةٌ حاضرةٌ، فحلف الْمُدَّعَى عليه، وحكم الحاكم ببراءة الحالف، أنّه لا يبرأ في الباطن، وأنّ الْمدَّعِي لو أقام بيِّنةً بعد ذلك تنافي دعواه سُمِعَت وبَطَلَ الحكم[٤].

٣٢-أنّ يَمين الفاجر تسقط عنه الدّعوى، وأنّ فجوره في دينه لا يوجب الْحَجْر عليه ولا إبطال إقراره، ولولا ذلك لم يكن لليمين معنًى[٥].

---

(١) انظر: التّلقين ص ٥٣١، وفتح الباري ١٣/١٤٨-١٤٩، و١٧١-١٧٣، و١٨٩.
(٢) انظر: المعونة ٣/١٥٦٥، و١٥٦٩، وبداية المجتهد ٤/٤٥٣، وفتح الباري ١١/٥٧١.
(٣) انظر: المعونة ٣/١٥١٣، وشرح مسلم ٢/٣٤١، و١٢/٢٣٢، وفتح الباري ٥/٨٩، و١١/٥٦٨، و٥٧١، و١٣/١٨٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/٥٢٧.
(٤) انظر: فتح الباري ١٣/١٨٦.
(٥) انظر: فتح الباري ١١/٥٧٢.

١٤-اليمين قبل توجيهها من الحاكم لا أثر لها؛ لقول اليهود في جوابهم: والله ما قتلنا، وفي قولهم: لا نرضى بأيْمان اليهود[١].

١٥-تُشرع اليمين في كلّ حقٍّ لآدميٍّ، ولا تُشرع في حقّ من حقوق الله من الحدود: حدّ الزّنى والخمر؛ لأنّ الدّعوى في الشّيء الْمُستَحَقّ له، والله سبحانه هو المستحقّ لذلك لا تُسمَع فيه دعوى ابن آدم، وأمّا العبادات؛ كدعوى ساعي الزّكاة على ربّ المال، وأنّ الحول قد تَمَّ، أو كمال النّصاب؛ فالقولُ قولُ ربّ المال من غير يَمين؛ لأنّه حقّ لله سبحانه أشبه الحد، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، وقيل: يُستحلف؛ لأنّها دعوى مسموعةٌ؛ أشبهت حقَّ الآدمِي، وهو ظاهر مذهب والشّافعية ورواية للحنابلة[٢].

١٦-أنّ المسلم والكافر والذّمّيّ في الحكم بينهما والفصل بين المسلمين سواء[٣].

١٧-في القاعدة مدَى صيانة الإسلام للحقوق واهتمامه بوسائل حفظها، وأنّه لا فرق بين قليل الحقّ وكثيره[٤].

من مستثنيات القاعدة:

تقرّر أنّ الأصل في الدّعاوى كون البيّنة على الْمُدَّعِي واليمين على الْمُدَّعَى عليه، إلاّ أنّ هذا الأصل طُرِحَ في حكم القسامة؛ فإنّ الأمّة أجمعت

---

(١) في حديث القسامة السّابق تخريجه. وانظر: فتح الباري ٢٤٨/١٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٩/٥، والاستذكار ١٢٠/٦، والشّرح الكبير ١٥١/٤، والمهذّب ٥٠٤/١-٥٠٥، والمغني ٢٣٧/١٤، و٢٧٥-٢٧٦، والطّرق الحكمية ص ١٣٦، والعدّة ٢٥٨/٢، وشرح منتهى الإرادات ٧٠٨/٦-٧٠٩، وطرائق الحكم ص ٢٠٥-٢١٢.

(٣) انظر: الاستذكار ١٠١/٦.

(٤) انظر: شرح مسلم ٣٤١/٢.

قديماً وحديثاً على أنّ الْمُدَّعِين يبدؤون فيها بالأيمان. جاء في فتح الباري: «ويقول مالك: أجمعت الأئمّة في القديم والحديث على أنّ الْمُدَّعِين يبدؤون في القسامة، ولأنّ جنبة الْمُدَّعِي إذا قويت بشهادة أو شبهة صارت اليمين له، وههنا الشّبهة قويّةٌ، وقالوا: هذه سنةٌ بحيالها، وأصلٌ قائمٌ برأسه لحياة النّاس وردع الْمُعْتَدين، وخالفت الدّعاوى في الأموال؛ فهي على ما ورد فيها، وكلّ أصلٌ يُتَّبَعُ ويُستَعْمَلُ ولا تُطْرَح سنةٌ بسنة». ثم قال:

«الأصل في الدّعاوى أنّ اليمين على الْمُدَّعَى عليه، وحكم القسامة أصلٌ بنفسه لتعذّر إقامة البيّنة على القتل فيها غالباً؛ فإنّ القاصد للقتل يقصد الخلوة ويترصّد الغفلة، وتأيّدت بذلك الرّواية الصّحيحة الْمتَّفق عليها[1]، وبقي ما عدا القسامة على الأصل، ثم ليس ذلك خروجاً عن الأصل بالكلّية، بل لأنّ الْمُدَّعَى عليه إنّما كان القولُ قولَهُ لقوّة جانبه بشهادة الأصل له بالبراءة مما ادُّعِيَ عليه، وهو موجودٌ في القسامة في جانب الْمُدَّعِي لقوّة جانبه باللّوث الذي يقوّي دعواه»[2].

وعلى القول بأنّ القاعدةَ مُعَلَّلةٌ، وأنّ معناها: البيّنة على أضعف الْمُتَدَاعِيَين شبهةً، واليمين على أقواهما شبهةً، تكون القسامة أيضاً على وفق القاعدة، كما تقدّم خلال المنقول من فتح الباري؛ أنّه ليس خروجاً عن الأصل بالكلّيّة لأنّ الشّبهة قويّةٌ فقويت جانب الْمُدَّعِي.

والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

---

(١) يعني: قوله ﷺ : «أتَحْلفون وتَسْتَحقّون دمَ صاحبكم...».
(٢) فتح الباري لابن حجر ١٢/٢٤٥ ناقِلاً عن القاضي عياض.

المبحث الثّالث: القاعدةُ الحادية والسّتّون [٦١]

[اليمين على أقْوَى المُتَدَاعِيَين شُبْهَةً]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في عدّة مَواضع منها:

أوّلاً: ذكرها في توجيه سبب اختلاف الفقهاء فيما إذا اختلف الزّوجان في قدر الصّداق فَمَنْ يُعْتَدُّ بقوله؟(١)؛ حيث قال: «واختلافهم مَبْنِيٌّ على

---

(١) صورة المسألة: إذا اختلف الزّوجان في قدر الصّداق؛ فقالت المرأة مثلاً: تَزوَّجْتَنِي بمائتين ريال، وقال الزّوج: تَزوَّجْتُكَ بمائة ريال، وهي لا تخلو إمّا:

- أن تكون لأحدهما بيّنةٌ فتُقْبَلُ بيّنته ويُحْكَمُ لهُ؛ لأنّه نوَّر دعواه بالبيّنة وهي أقوى من اليمين.
- أن يقيما جميعاً البيّنَةَ؛ فالبيّنة بيّنة الْمرأة؛ لأنّها تثبت الزّيادة والْمُثْبتُ مُقدَّمٌ على النّافي.
- أن لا تكن لأحدهما بيّنةٌ؛ فإنّ الفقهاء اختلفوا فيمَنِ القولُ قولُهُ منهما على مذاهب منها:

المذهب الأوّل: يَتحالَفان قبل وبعد الدّخول، ثُمّ يُحْكم بِمهر الْمثل، ولا يفسخ النّكاح. وبه قال الحنفية والشّافعية.

تعليلهم: أنّ أثر التّحالف في انعدام التّسمية لا يَخلّ بصحّة النّكاح؛ لأنّ المهر تابعٌ فيه بخلاف البيع؛ ولأنّ عدم التّسمية لا يفسد المهر؛ لأنّ التّحَالف إنّما يوجب الْجَهْلَ بالعوض، والنّكاح لا يَبْطُلُ بجَهالة العوض، ويَجِبُ مَهْرُ الْمثْلِ؛ لأنّ الْمُسَمَّى سقط، وتعذّر الرّجوع إلى الْمُعَوَّض فوجب بَدَلُهُ؛ كما لو تَحَالَفا بعد هلاك الْمَبيع في يد الْمُشْتَري. إذاً التّحالف أوّلاً والبدء فيه بيمين الزّوج، ثم تحكيم مهر المثل، وَمَنْ نَكَلَ منهما عن اليمين حُكِمَ لصاحبه بنكوله؛ لأنّ النّكول حُجَّةٌ يُقْضَى بها في باب الأموال مُنْفَرِداً أو مع يَمين الْمُدَّعي.

انظر: مختصر القدوري ص٢١٨، وبدائع الصّنائع٢/٦٠٥-٦٠٨، والهداية١/٢١٣، و٣/١٦٥، ومختصر المزني ص٢٥١،والمهذّب٢/٧٥٥،وتكملة المجموع١٨/٤٦.

المذهب الثّاني: أنّه لا يَتحَالَفَان، بل القول قولُ الزّوج مطلقاً إلاّ أَنْ يأتي بِمُستَنكرٍ جدّاً. =

=

وهو قول أبي يوسف من الحنفية وراويةٌ للحنابلة.
والْمُستَنْكر عند الحنفية: هو أَنْ يدَّعِي أنّه تزوّجها على مالٍ لا يُزَوَّج مثلها به عادةً. وقيل غير ذلك.
ووجه هذا القول أنّ القولَ قولُ الْمُنْكرِ في الشّرع، والْمُنْكر هو الزّوج؛ لأنّ المرأة تدَّعي عليه زيادة مهر وهو يُنْكر ذلك؛ فكان القولُ قولَهُ مع يَمينه كما في سائر الدّعاوى، ولأنّ الأصلَ براءة ذمّة الزّوج ممّا يُدَّعَى عليه.
انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٥/٢، والهداية ٢١٣/١، و١٦٥/٣، والمغني ١٣٢/١٠، ومنتهى الإرادات ١١٦/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٨/٥.
المذهب الثّالث: إنْ كان الاختلاف قبل الدّخول وأتى كلّ واحد منهما بما يُشْبه تَحَالفَا وتَفَاسَخَا، وبُدِئَتْ باليمين؛ لأنّها أقوى سبباً؛ لأنّ الأصل معُها، وهوَ: أنّ منافعَ بضعها غير مَملوكة عليها إلاّ بمَا تقرّ به أو يثبت ذلك لمُدَّعيه عليها، وإنْ حلف أحدُهما ونكل الآخر كان القولُ قولَ الحالف، وقُضيَ على النّاكلِ مع يَمين صاحبه، وإن نَكَلا جميعاً كان بمَنْزلة ما إذا حلَفَا جميعاً، ومَنْ أَتَى بمَا يُشْبهُ منهما كان القولُ قولَهُ.
وإنْ كان الاختلاف بعد الدّخول فالقولُ قولُ الزَوج مع يَمينه؛ لقوّة سببه بالتّصرّف فيما عقد عليه. وبه قال المالكية.
انظر: المعونة٤٦٨/٢، و١٥٥١/٣، والتّلقين ص ٢٩٥، وبداية المجتهد ٥٥/٣، والقوانين الفقهية ص ١٣٥.
المذهب الرّابع: أنّ القولَ قولُ مَنْ يدَّعي مهر المثل. وهو قولٌ للحنفية والحنابلة في المذهب.
تعليله: أنّ الظّاهر قولُ مَنْ يَدَّعي مهرَ المثل؛ فكان القولُ قولَهُ، قياساً على الْمُنْكر في سائر الدّعاوى، وعلى الْمودِع إذا ادَّعى التّلَفَ أو الرّدّ، ولأنّه عَقْدٌ لا يَنْفَسِخُ بالتّحالف فلا يُشْرَعُ فيه؛ كالعفو عن دَم العَمْد، ولأنّ القول بالتّحالف يُفْضي إلى إيْجَاب أكثر ممَّا يَدَّعيه أو أقلّ ممّا يُقرّ لَها به. انظر: الْمغني ١٣٢/١٠-١٣٣.
ولا يفسخ النّكَاح بعدَ التّحالف في قول عامّة العلماء، إلاّ قول الإمام مالك إذا كان الاختلاف قبل الدّخول، وأتى كلّ واحد من الزّوجين بما يشبه: يَتَحالفان ويُتَفَاسَخان، وهو قول ابن أبي ليلى؛ قياساً على البيع؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما عقدٌ لا يجوز بغير بدل.
انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٧/٢، وعقد الجواهر الثّمينة ٤٨٥/٢.

=

اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : (البَيِّنَةُ عَلَى مَن ادَّعَى واليَمينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)، أَذلك مُعَلَّلٌ أم غير مُعَلَّلٍ؟ فَمَن قال مُعَلَّلٌ قال: **يحلف أبداً أقواهما شُبْهَةً**؛ فإن استويا تَحَالَفَا وتَفَاسَخَا، ومَنْ قال: غير مُعَلَّلٍ قال: يحلف الزّوج؛ لأنّها تقرّ له بالنّكاح وجنس الصّداق، وتدَّعِي عليه قدراً زائداً؛ فهو مُدَّعَى عليه»[1].

ثانياً: ذكرها في توجيه سبب اختلاف الفقهاء فيما إذا اختلف الْمُتَقَارِضان -العامل وربّ المال- في تَسمية الجزء الذي تَقَارَضَا عليه؟ فَمَنْ يُعْتَبَر قولُهُ؟ حيث قال:

«اختلف الفقهاء إذا اختلف العاملُ وربُّ المال في تسمية الجزء الذي تَقَارَضَا عليه؛ فقال مالك: القولُ قولُ العامل[2]؛ لأنّه عنده مُؤْتَمَنٌ،

=

وأجيب عنه بوجود فرقٍ بين البيع والنّكاح، وهو أنّ عدم التّسمية في باب البيع يجعله بيعاً بلا ثَمن، والبيع بلا ثَمنٍ فاسدٌ واجب الرّفع رفعاً للفساد، وذلك بالفسخ بخلاف النّكاح؛ فإنّ تَرْكَ التّسمية أصلاً في النّكاح لا يُوجبُ فسادَهُ؛ فجهالة الْمُسَمَّى بسبب الاختلاف أَوْلَى أَلاّ يُفْسِدَهُ فلا حاجة إلى الفسخ، وأيضاً فإنّ البيع يَنْفَسِخُ بالتّحالف ويرجع كلّ واحد من الْمُتَعَاقِدَين في ماله.

انظر: بدائع الصّنائع ٢/٦٠٧، والمقدّمات ١/٤٧٨، والمهذّب ٢/٧٥٥، والمغني ١٠/١٣٣.

ولعلّ الرّاجح في نظري هو القول بأنّهما يَتحالفان، وأنّه لا ينفسخ النّكاح، وأنّه يُرجع إلى مهر المثل، وذلك لأنّ هذا القول أسلم من أَنْ يُغْبَنَ أحدُ الطّرفين، ولأنّه في الحقيقة كلّ منهما مُدَّعٍ في وجهٍ ومُدَّعًى عليه في وجهٍ آخر. والله تعالى أعلم بالصّواب.

(١) بداية المجتهد ٣/٥٥.

(٢) وهو الذي رجع إليه أبو حنيفة، والصّحيح عند الشّافعية، ورواية عند الحنابلة.

انظر: بدائع الصّنائع ٥/١٥٣-١٥٤، والمقدّمات ٣/٢٩، ومختصر المزني ص١٧٤، والمهذّب ٢/٣٧٩، والمغني ٧/١٨٥.

وكذلك الأمرُ عنده في جميع دعاويه إذا أتى بما يشبه.

وقال اللّيث: يُحْمَلُ على قراض مثله، وبه قال مالك إذا أتى بما لا يُشْبِه[(١)].

وقال أبو حنيفة وأصحابه: القولُ قولُ ربّ المال[(٢)]، وبه قال الثّوري[(٣)].

وقال الشّافعي: يَتحالَفان ويَتَفَاسَخان، ويكون له أجرة مثله[(٤)].

وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النّصّ بوجوب اليَمين على الْمُدَّعَى عليه؛ أَذلك لأنّه مُدَّعًى عليه، أم لأنّه في **الأغلب أقوى شبهةً؟**

فَمَنْ قال: لأنّه مُدَّعًى عليه، قال: القولُ قولُ ربّ المال؛ -لأنّه الْمُدَّعَى عليه-، ومَنْ قال: **لأنّه أقواهما شُبْهَةً في الأغلب**، قال: القولُ قولُ العامل؛ لأنّه عنده مُؤْتَمَنٌ، وأمّا الشّافعي فقاس اختلافهما على اختلاف الْمُتَبَايِعَين في ثَمَن السّلعة»[(٥)].

ثالثاً: ذكرها تعليلاً لقول في مسألة اختلاف الفقهاء فيما إذا اختلف الْمُتَساقيان -العاملُ وربّ المال- في مقدار ما وقعت عليه الْمُسَاقَاةُ من الثَّمَر فَمَنِ القولُ قولُهُ؟حيث قال:

«إذا اختلف ربُّ المال والعاملُ في مقدار ما وقعت عليه الْمُسَاقَاةُ من

---

(١) وهو قولٌ للحنابلة. انظر: المقدّمات ٢٩/٣-٥٢، والْمغني ١٨٥/٧.

(٢) هذا قولُ أبي حنيفة أوّلاً، ثم رجع إلى القول بأنّ القولَ قَولُ الْمُضَارِب.
انظر: مختصر القدوري ص٢١٧، وبدائع الصّنائع٥/١٥٣-١٥٤، والهداية٣/٢١٤.

(٣) وهو مذهب الحنابلة. انظر: الْمغني ١٨٥/٧.

(٤) انظر: المهذّب ٢٧٩/٢.

(٥) بداية المجتهد ٤٦٢/٣.

الثَّمَر، فقال مالك: القولُ قولُ العامل مع يَمينه إذا أتَى بما يُشْبه[١]. وقال الشّافعي: يَتحَالَفَان ويَتَفاسَخَان، وتكون للعامل الأجرة شَبَّهَهُ بالبيع[٢]، وأَوجَبَ مالكٌ اليَمينَ في حقّ العامل؛ لأنّه مُؤتَمَنٌ، ومِنْ أصله أنَّ **اليَمين تَجبُ على أَقْوَى الْمُتَدَاعِيَين شُبْهَةً**»[٣].

رابعاً: ذكرها في ثنايا حديثه عن مُوجِب القسامة عند أهل العلم؛ حيث اتّفق[٤] جمهور العلماء القائلون بها على أنّها لا تَجبُ إلاّ بشُبهَة، ولكن اختلفوا في الشّبهة ما هي؟ حيث قال: «وكلٌّ قال بما غلب على ظنّه أنّه شبهةٌ يُوجب القسامة، ولمكان الشّبهة رأى بَدْء الْمُدَّعِين بالأيمان مَنْ رأى ذلك منهم[٥]؛ فإنّ الشُّبَهَ عند مالك تَنْقُلُ اليَمين مِنَ الْمُدَّعَى عليه إلى الْمُدَّعِي؛ **إذ سبب تعليق الشّرعِ عنده اليمين بالْمُدَّعَى عليه إنّما هو لقوّة شُبهَته فيما ينفيه عن نفسه**، وكأنّه شبّه[٦] ذلك باليمين مع الشّاهد في الأموال»[٧].

---

(١) وبعكسه وهو أنّ القولَ قولُ ربّ المال قال الحنابلة وهو ظاهر مذهب الحنفية. انظر: بدائع الصّنائع ٥/١٥٣-١٥٤، الهداية ٣/٢١٤، و٤/٥٩، والمقدّمات ٣/٢٩-٣٠، والمغني ٧/٥٤٨.

(٢) انظر: المهذّب ٢/٣٩١، وتكملة المجموع ١٥/١٦٨.

(٣) بداية المجتهد ٣/٤٧٥.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٤/٣٦٧.

(٥) وهو قول جمهور فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة، وقد تقدّم في القاعدة [٦٠].

(٦) وجه الشّبه أنّه لَما قضى النّبيّ ﷺ بشاهد واحد ويَمين الْمُدَّعي فُهِمَ منه أنّ جنس اليمين إنّما جُعِلَ في جنبة الْمُدَّعَى عليه لقوّة جنبته، فلمّا قَويت جنبةُ الْمُدَّعي بشاهد واحد مع فقدان يَمين الْمُدَّعَى عليه نُقّلَتِ اليمين إلى جَنبة الْمُدَّعِي. وقد تقدم في القاعدة [٦٠] المسألة [٢].

(٧) بداية المجتهد ٤/٣٦٨.

خامساً: ذكرها عند بيانه سبب اختلاف الفقهاء في مسألة ثبوت حقّ المدَّعِي بالأيمان؛ حيث قال: «وأمّا الأيمان؛ فإنّهم اتّفقوا على أنّها تبطل بها الدّعوى عن المدَّعَى عليه إذا لم تكن للمدَّعِي بينةٌ.

واختلفوا هل يثبت بها حقّ المدَّعِي؟

فقال مالك: يثبت بها حقّ المدَّعِي في إثبات ما أنكره المدَّعَى عليه، وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادَّعَى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون **المدَّعِي أقوى سبباً وشبهةً من المدَّعَى عليه**.

وقال غيره: لا تثبت للمدَّعِي باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حقٍّ عن نفسه قد ثبت عليه، أو إثبات حقٍّ أنكره فيه خصمه.

وسبب اختلافهم تردّدهم في مفهوم قوله ﷺ : (البيِّنةُ على مَنِ ادَّعَى واليَمينُ علَى مَنْ أَنْكَرَ)، هل ذلك عامٌّ في كلّ مدَّعًى عليه ومُدَّعٍ، أم إنّما خُصَّ المدَّعِي بالبيِّنة والمدَّعَى عليه باليمين؛ لأنّ المدَّعي في الأكثر هو أضعف شُبْهَةً من المدَّعَى عليه، والمدَّعَى عليه بخلافه؟.

فمَن قال: هذا الحكم عامٌّ في كلّ مدَّعٍ ومدَّعًى عليه، ولم يرد بهذا العموم خصوصاً؛ قال: لا يَثْبُتُ باليمين حقٌّ، ولا يسقط به حقٌّ ثبت، ومَنْ قال: إنّما خُصَّ المدَّعَى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شُبْهَةً، قال: إذا اتّفق أن يكون موضعٌ تكون فيه شُبْهَةُ المدَّعِي أقوى، يكون القول قوله»[١].

سادساً: ذكرها عند تفريعه على القول باعتبار بيّنة الْمُدَّعَى عليه؛ حيث

---

(١) بداية المجتهد ٤/٤٤٠-٤٤١.

قال: «فإذا قلنا باعتبار بيّنة الْمُدَّعَى عليه؛ فوقع التّعارضُ بين البيِّنتَين، ولم تثبت إحداهما أمراً زائداً ممّا لا يمكن أن يتكرّر في ملك ذي الملك، فالحكم عند مالك: أن يُقْضَى بأعدل البيِّنتَين ولا يُعتدُّ بالأكثر.

وقال أبو حنفية: بيّنة الْمُدَّعِي أَوْلَى على أصله، ولا تترجّح عنده بالعدالة، كما لا تترجّح عند مالك بالعدد...، وإذا تساوت في العدالة؛ فذلك عند مالك كلا بيّنة، يَحلف الْمُدَّعَى عليه؛ فإنْ نكل حلف الْمُدَّعِي ووجب الحقّ؛ لأنّ **يد الْمُدَّعَى عليه شاهدةٌ له، ولذلك جعل دليلُهُ أضعفَ الدَّليلين؛ أعني: اليمين**»[1]، فذكرها تعليلاً للقول بثبوت الحقّ للْمُدَّعِي؛ حيث ترجّحَتْ جنبتُهُ ببيّنته مع يَمينه بالإضافة إلى نكول الْمُدَّعَى عليه الذي تساوت جنبَتُهُ جَنْبَةَ الْمُدَّعِي بيده الشّاهدة له والبيّنة.

توثيق القاعدة:

هذه قاعدةٌ قضائيةٌ جليلةٌ شائعةٌ مشهورةٌ عند الفقهاء وعلماء القواعد الفقهية، وهي كسابقتها مُهِمَّةٌ مُطَّرِدَةٌ في كتب أهل العلم، وتدخل في أبوابٍ كثيرة؛ عبادات أو معاملات وقضاء. وقد ورد ذكرها في كتب أهل العلم تعليلاً لمذاهبهم بصيغتها المذكورة، وبعباراتٍ أخرى قريبةٍ أو بعيدةٍ لكن مفادها واحدٌ، منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «ولهما[2]: أنّ القولَ في الشّرع والعقل قولُ مَنْ يشهد له الظّاهر، والظّاهر يشهد لِمَن يوافق قولُهُ مهرَ المثل...،

---

(١) بداية المجتهد ٤/٤٥٤.

(٢) أي: أبو حنيفة ومحمّد بن الحسن الشّيباني.

وبناء عليه فكان الظّاهرُ شاهداً لِمَن يشهد له مهر المثل...، وإنّما يَتَحَالَفَان؛ لأنّ كلَّ واحد منهما مُدَّعٍ من وجه ومُنْكِرٌ من وجه؛ أمّا الزّوج فلأنّ المرأة تدَّعِي عليه زيادة ألف وهو مُنْكِرٌ، وأمّا المرأة فلأنّ الزّوج يَدَّعِي عليها تسليم النّفس عند تسليم الألف إليها وهي تُنْكِر؛ فكان كلّ واحد منهما مُدَّعياً من وجه ومُنْكِراً من وجه؛ فَيَتَحَالَفَان؛ لقوله ﷺ : (واليَمِينُ عَلَى مَنْ أنكر)، ويبدأ بيمين الزّوج؛ لأنّه أشدّ إنكاراً، أو أسبق إنكاراً من المرأة؛ لأنّه مُنْكِرٌ قبل تسليم النّفس وبعده، ولا إنكار من المرأة بعد تسليم النّفس، وقبل التّسليم هو أسبق إنكاراً؛ لأنّ المرأة تقبض المهر أوّلاً ثم تُسلِّمُ نفسها فتُطالبه بأداء المهر إليها وهو يُنْكِر؛ فكان هو أسبق إنكاراً؛ فكانت البداية بالتّحليف منه أَوْلَى»[1]، فَيُلحَظُ أنّ الحاجة إلى التّحالف إنّما هو فيما إذا لم تقم شهادة الظّاهر لأحدهما، أو حيث يشهد الظّاهر لكلّ منهما، وأمّا إن شهد لأحدهما دون الآخر؛ فإنّ القولَ قولُهُ مع يَمينه؛ لأنّه أقوى شُبْهَةً[2].

وفيه: «اليمين وظيفة الْمُنْكِر في أصول الشّرع»[3].

ما جاء في الهداية مُعلِّلاً: «لأنّ اليمين تَجب على مَنْ يشهد له الظّاهر، ولهذا تَجب على صاحب اليد»[4].

ما جاء في المعونة: «الأيمان في الأصول تَجِبُ على أَقْوَى الْمُتَدَاعِيَين

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٢/٦٠٥، و٤/٨٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٦٠٦.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٨٥.

(٤) الهداية للمرغيناني ٤/٢١٦.

سبباً، والأولياء قد قوي سببهم باللَّوْث الذي يَغلب معه على الظّنّ صدقهم فيه فكانت اليمين في جنبهم»[١].

وفيه -أيضاً-: «الأصول موضوعةٌ على أنّ اليمين تكون في جنبة أقوى الْمُتَدَاعِيَين سبباً لقوّة سببه، وأنّ البيّنة يُطَالَبُ بها أضعفهما سبباً لضعف سببه، ألا ترى أنّها تَجب بالابتداء على الْمُنْكِر لقوّة سببه على الْمُدَّعِي؛ لأنّ الأصل براءة ذمّته ممّا ادُّعِيَ عليه؛ فإذا صحّ ذلك فسبب الْمُدَّعِي قد قَوِيَ بالشّاهد فوجب أن يكون اليمين في جنبته»[٢].

ما جاء في التّمهيد: «ومن أصل مذهب مالك وأصحابه في هذه المسألة -أي: اختلاف الْمُتَبَايِعَين في الثّمن والسّلعة قائمٌ- أنّ مَنْ جاء منهما بما لا يُشبه كان القولُ قولَ الآخر، وإنّما يَحلِفُ مَنِ ادَّعَى مَا يُشْبِه»[٣]، أي: لأنّه أقواهما شُبْهَةً.

وفيه -أيضاً-: «في الأصول أنّ مَنْ قَوِيَ سببُهُ حَلَفَ واستَحَقَّ، ألا ترى أنّ الشّيء إذا كان في يد أحدٍ حلف صاحب اليد فكذلك الشّاهد والواحد»[٤].

ما جاء في المقدّمات: «الأصل في هذا؛ أنّ الْمُبْدَأَ باليمين مِنَ الْمُتَدَاعِيَين هو مَنْ كان منهما أشبهَ بالدّعوى بسببٍ يدلّ على تصديقه؛

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ١٣٤٥/٣، و١٣٤٧.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ١٥٤٧/٣، وانظر منه: ٧٦٨/٢، و١١١٣، و١٥٥١/٣، و١٥٦٩.

(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البر ٢٣٧/١٢، وانظر: الاستذكار ٤٩٣/٥-٤٩٤، والمنتقى ٣٩١/٦.

(٤) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٥٨/١٣.

كان الْمُدَّعِي أو الْمُدَّعَى عليه»[١].

ما جاء في الْمُعلم بفوائد مسلم: «اليمين في الشّريعة على أقوى الْمُتَدَاعِيَين سبباً، ولما كان الأصل عدم الأفعال والمعاملات استصحبنا ذلك؛ فكان القائل بما يطابق هذا الأصل هو الْمُدَّعَى عليه؛ فوجب تصديقه، ولم يقتصر الشّرع على الثّقة بهذا الأصل في كثيرٍ من الدّعاوى حتّى أضاف إليه يَمين الْمُدَّعَى عليه الْمُتَمَسِك بهذا الأصل لتتأكّد غلبة الظّنّ بصدقه»[٢].

ما جاء في تكملة المجموع: «دليلنا قوله ﷺ : (البيّنة على مَنِ ادَّعَى واليمين على مَنْ أنكر)، وكلّ واحدٍ مِنَ الزّوجين مُدَّعًى عليه؛ فكان عليه اليمين كالذي أجمع عليه كلّ مخالفٍ فيها»[٣]، وإنّما صار كلّ واحدٍ من الزّوجين مُدَّعًى عليه حيث قَوِيَتْ شُبهَتُهُ.

وفيه أيضاً: «ومنها-فوائد اليمين-أن يُحكم باليد مع يَمين صاحبها كما إذا ادّعى عليه عيناً في يده؛ فأنكر فسأل إحلافه؛ فإنه يَحلف وتُترك يدُهُ لترجُّح جانب صاحب اليد، ولهذا شُرِعَتِ اليمين في جهته؛ فإنّ اليمين تُشْرَعُ في جنبة أقوى الْمُتَدَاعِيَين»[٤].

ما جاء في الْمغني: «لنا أنّ الظّاهر قولُ مَنْ يَدَّعِي مهر المثل؛ فكان القولُ قولَهُ قياساً على الْمُنْكِرِ في سائر الدَّعاوى»[٥]، أي: أنّ مَنْ يَدَّعِي مهر

---

(١) المقدّمات لابن رشد الجدّ ١٩١/٢، و٣٠٤/٣.
(٢) المعلم بفوائد مسلم للمازري ٤٠١/٢، نقلاً عن جمهرة القواعد الفقهية ص١٩٩.
(٣) تكملة المجموع للمطيعي ٤٦/١٨.
(٤) تكملة المجموع للمطيعي ٢٦٩/٢٢.
(٥) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ١٣٢/١٠-١٣٣.

المثل هو أقواهما شُبهةً؛ لأنّ الظّاهر —وهو البراءة الأصلية- يعضد جنبه.

ما جاء في أعلام الموقّعين: «فصل: اليمين على أقوى الْمُتَدَاعيَين»[١].

ما جاء في الطّرق الحكمية: «...قال: إذا ثبت له شاهدٌ واحدٌ حلف وأُعْطِي؛ فأَثْبَت اليمين بعد ثبوت الشّاهد؛ لأنّ اليمين تكون في جنبة أقوى الْمُتَدَاعيَين»[٢].

وفيه -أيضاً-: «الأصل عندهم —الجمهور ومنهم الأئمة الثّلاثة: مالك والشّافعي وأحمد- أنّ اليمين مشروعةٌ في جانب أقوى الْجانبَين»[٣].

ما جاء في زاد المعاد: «وقاعدة الشّرع أنّ اليمين تكون منْ جَنبة أقوى الْمُتَدَاعيَين، فلما كان جانب الْمُدَّعَى عليه قوّياً بالبراءة الأصلية شُرِعَت اليمينُ في جانبه»[٤].

علاقة القاعدة بغيرها:

هذه القاعدة عميقةُ الصّلة بقاعدة: (البيّنة على الْمدَّعِي واليمين على مَنْ أَنْكَرَ)، وهي علاقة فرعٍ لأصله، وخاصٍ لعامٍ، ووجه ذلك: حيث أفاد أنّ أيَّ الْخَصمَين ترجَّح جانبُهُ سواء بالبراءة الأصلية، أو اليد الْحسيّة، أو العادة العلمية؛ تُشرَعُ اليمينُ منْ جهته، ولهذا إذا ترجَّح جانبُ الْمُدَّعي كانت اليمين مشروعةً في حقِّه؛ وأيضاً لَمَّا كان إنكارُ الْمُدَّعَى عليه نابعاً

---

(١) إعلام الموقّعين لابن القيم ص ٨٧، وانظر: قواعد ابن القيم ص ٦١٠.

(٢) الطّرق الحكمية لابن القيم ص ١٤٨، وانظر: منه ص: ١١٧، ١٣٨، و١٤٨، و١٥٢، و١٦٦.

(٣) الطّرق الحكمية لابن القيم ص ١١٧، وانظر: ص ٩٤ منه.

(٤) زاد المعاد لابن القيم٥/٣٦١، و٣٦٥، نقلاً عن جمهرة القواعد الفقهية١/١٩٨.

من براءة ذِمَّتِه في الأصل، وفراغ ساحته من حقوق الآخرين، لذلك يطالب باليمين فقط لقوّة جنبته[1]، وسيأتي التّفصيل الْمزيد إن شاء الله.

شرح مفردات القاعدة:

الْمُتَدَاعِيَان: الْمُدَّعِي والْمُدَّعَى عليه[2].

شُبْهَةً: أي: عُلْقَةً، والجمع: شُبَهٌ، وشُبُهَاتٌ، وهو القدر الذي يُتَمَسَّكُ به، فالْمُشابهة: المشاركة في معنًى من المعاني والاشتباه[3].

والشّبهة هنا: من الالتباس والمشابهة، وهو ما التبس أمره حتّى لا يُمكن القطعُ فيه أحلالٌ هو أم حرامٌ،وحقٌّ هو أم باطلٌ،وهي على أنواعٍ[4].

معنَى القاعدة الإجمالي:

هذه قاعدةٌ قضائيةٌ جليلةٌ من قواعد أحكام الشّرع، اعتَنَى بها العلماء قديماً وحديثاً[5]، وهي أيضاً من الأصول الْمُطّردة في طرائق الإثبات الْمَنُوطة بالقضاء، المراد منها بيان أنّ عموم القاعدة السّابقة: [البيِّنة على الْمُدَّعِي

---

(١) انظر: المقدّمات ٢/١٩٠-١٩٢، والذّخيرة ٦/١١٧، و١١/٦٦، و٧٤، والقوانين الفقهية ص١٩٧، وقواعد ابن عبد السّلام ٢/٣١-٣٢، والمنثور ٢/٢٤١، والمغني ٦/٥٢٥، و١٠/٥٦٧، والطّرق الحكمية ص ١٣٨، وجمهرة القواعد الفقهية ص ١٩٨، و٢٤٣، وقواعد ابن القيم ص ٦١٠.

(٢) انظر:مختصر القدوري ص ٢١٤، والمقدّمات ٢/١٩٠-١٩١، وتكملة المجموع ١٢/٣١٥، والمغني١٤/٢٧٥.

(٣) انظر: المصباح المنير ص ١١٥، و١٦٢.

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢٢٨-٢٢٩.

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية ص ٣٦٩-٣٩٤، ق:[٧٥-٧٦]، مادة:[٧٦-٧٧]، ونظام القضاء ص ١٦٢، و١٦٩-١٧٦، وقواعد الحريري ص ١٢٠، وجمهرة القواعد الفقهية ١/١٩٧-٢٠٢، ق: [٦]، [م/٧٦].

واليَمينُ على الْمُدَّعَى عليه] مَخْصُوصٌ، وهو أنّ اليمين ليست مقصورةً محصورةً في جنبة الْمُدَّعَى عليه لكونه يوصف بذلك، أو لأنّه يُنْكِر، بل إنّما المراد؛ أنّ الإنسان يولد خاليَ الذّمّة، لا يلزمه شيءٌ من دَيْنٍ، أو التزَامٍ، أو مسؤولية، وأنّ ذمّة كلّ شخصٍ غير مشغولة بحقٍّ أو واجبٍ إلاّ بيقينٍ؛ ولأجل هذه كلّها كانت جنبةُ الْمُدَّعَى عليه أقوى بالبراءة الأصلية؛ فجعل الشّارع أضعفَ الدّليلَين وهو اليمين بيِّنَتَهُ ابتداءً، وأنّها تكفيه لنفي ما يدّعيه مُدَّعٍ ضدَّه، وبناء على ذلك لَمْ يُقْبَل في شغل الذّمّة شاهدٌ واحدٌ ما لَم يعتضد بآخر، أو بيمين الْمُدَّعِي؛ لِموافقته الأصلَ؛ حتّى يقومَ دليلٌ على خلافه، والقولُ قولُ مَنْ يشهد له الأصل، وقد تقرّر أنّ كلَّ مَنْ كان القولُ قولَهُ فعليه اليمين دفعاً للدّعوى عليه.

وأمّا البيّنة فهي أقوى الدّليلين –البيّنة واليمين– فقد جعلها الشّارع حُجّةً للْمُدَّعِي؛ لدعواه ما خالف الأصلَ لا لكونه مُدَّعِياً.

فمَتَى ما كانت جنبة أحد الْمُتَدَاعِيَين أقوى طُولِب باليمين، ومتَى كانت أضعف طُولِب بالبيّنة؛ لِما لها من قوّة الإظهار، وهي حجّة القضاء بالإجماع[1].

---

(١) انظر: سنن التّرمذي ٥٧٠/٣، وبدائع الصّنائع ١٥٤/٥، و٢٣٧-٢٣٩، و٣٤٤-٣٤٨، وشرح القواعد للزّرقا ص ١٠٥، و١٠٧-١٠٨، والمعونة ١٥٦٩/٣، والمقدّمات ١٩٠/٢-١٩١، الفروق ٧٥/٤، والذّخيرة٦/١١٧، و٧٩/١١، والقوانين الفقهية ص١٩٧، ومختصر المزني ص٤١٤، والمهذّب ٦٢٢/٣-٦٢٣، والمنثور ٢٤١/٢، وأشباه السّيوطي ص ١٢٢-١٢٣، وتكملة المجموع ١١١/١٢، و١١٧، و٢٧٥/٢٢، ومختصر الخرقي ٥٢٤/٦، والمغني ٥٢٥/٦، و٥٦٧/١٠، و٢٣٤/١٤، وأعلام الموقّعين ص٨٧، والطّرق الحكميةص ٩٤-٩٥، و١١٥-١٢٣، و١٤٥،وجمهرة القواعد ١٩٨/١.

فالْمَعْنَى الذي مِنْ أجله كان القولُ قولَ الْمُدَّعَى عليه؛ هو أنَّ له سبباً يدلّ على صدقه دون الْمدَّعِي في مُجرَّد دعواه، وهو كونُ السّلعة بيده إن كانت الدّعوى في شيءٍ بعينه، أو كونُ ذِمَّتِهُ بريئةً على الأصل في براءة الذّمم إن كانت الدّعوى فيما في ذمّته.

والْمَعْنَى الذي مِنْ أجله وجب على الْمُدَّعِي إقامةُ البيّنة على دعواه هو تَجَرُّدُها من سببٍ يدلّ على صدقه فيما يدَّعيه؛ فإِنْ كان له سببٌ يدلّ على تصديقه؛ فهو أقوى من سبب الْمُدَّعَى عليه؛ كالشّاهد الواحد، أو الرّهن، أو ما أشبه ذلك من إرخاء السّتر، فَيجب أن يبدأ باليمين دون الْمُدَّعَى عليه.

وأمّا إن لم يكن لواحدٍ منهما سببٌ يدلّ على صدقه كالسّلعة يتداعيانها وليست بيد واحدٍ منهما، أو كان لكلّ واحدٍ منهما سببٌ مكافئٌ لسبب صاحبه لا مزية له عليه، كتكافئ البيّنة، وليست السّلعة في يد واحدٍ منهما، لم يبدأ أحدهما باليمين دون صاحبه، ووجب أن يَحلفَا جميعاً ويقسما السّلعة بينهما[1].

وقد قيل: أيّما رجلٍ عَرَفَ الْمُدَّعِي من الْمُدَّعَى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بنيهما، ولا شكّ أنّ تَمْييز القاضي الْمُدَّعِي من الْمُدَّعى عليه من أهمّ الأمور التي تعينه على إصابة الْحقّ في الأحكام التي يصدرها؛ ذلك أنّ الشّارع جعل عبءَ الإثبات في الدّعوى على الْمُدَّعِي، وعبء

---

(١) انظر: معالم السّنن ٣٨/٤، وتبيين الحقائق ٢٩١/٤، والمقدّمات ١٩٠/٢-١٩١، والقوانين الفقهية ص١٩٧، وقواعد الأحكام ٣١/٢-٣٢، ومنتهى الإرادات ٣٩٢/٢، وشرح منتهى الإرادات ٦٠١/٦، و٦٢٤.

دفعها باليمين على الْمُدَّعَى عليه إن لم يستطع الْمُدَّعِي إثباتها بالبيّنة، وهذا الأمر هو مدار القضاء وعموده[١].

وقد اتّضح بعد تدقيق النّظر في تفاريع القاعدة أنّها تَحتاج إلى كثيرٍ من إعمال الفكر والتّأمّل لدى التّطبيق،وإلى هذا الإشارة في شرح الْمَجلّة: ((وهذا الباب مزلقةٌ عظيمةٌ للحكّام والْمُفتِين؛ فينبغِي التّنبُّهُ في حادثات الفتوى والْحُكم))[٢].

من أدلّة القاعدة:

دلّت أدلةٌ على ثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيتها منها:

١–حديث عبد الله بن مسعود ﷺ قال: سَمعتُ النّبيّ ﷺ قال: ((إذا اختلف البَيِّعَانِ وليس بينهما بيِّنةٌ؛ فالقولُ قولُ البائع والْمُبْتَاعُ بِالْخيَارِ))[٣].

---

(١) نسبه ابن رشد لسعيد بن المسيب.
انظر: المقدّمات ١٩٢/٢، والقوانين الفقهية ص ١٩٧.

(٢) شرح المجلّة للأتاسي ٢٦/١. وانظر: جمهرة القواعد الفقهية ص ١٢٤٤.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٧٨١/٣-٧٨٣، كتاب البيوع والإجنارات، باب إذا اختلف البَيِّعَان والمبيع قائمٌ، برقم: (٣٥١١)، والتّرمذي في سننه ٥٧٠/٣، كتاب البيوع، باب إذا اختلف البَيِّعَان، برقم: (١٢٧٠)، وابن ماجه في سننه ٧٣٧/٢، كتاب التّجارات، باب البَيِّعان يَختلفان، برقم: (٢١٨٦)، والحاكم في مستدركه ٤٥/٢، واللّفظ للتّرمذي. والحديث مُرْسَلٌ؛ لأنّ في إسناده عوناً بن عبد الله وهو لم يدرك ابن مسعود.
انظر: سنن التّرمذي ٥٧٠/٣. وصحّحه الحاكم من طريق الأشعث، وقال ٤٥/٢: ((هذا حديثٌ صحيحُ الإسناد و لم يُخرِّجاه))، وأقرّه الذّهبي.
وعلى كلّ حال فالحديث ثابتٌ محفوظٌ عند أهل العلم، قال فيه الإمام الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ٢٣١/١٢، و٢٣٢، و٢٣٤: ((هذا الحديث مَحفوظٌ عن ابن =

ووجه الاستدلال منه؛ حيث قضى بأنّ القولَ قولُ البائعِ؛ وكلُّ مَنْ كان القولُ قولَهُ فعليه اليَمينُ، وذلك لأنّ البائع أقوى الْمُتَـداعيَين سـبباً وشُبْهةً هنا؛ لأنّ الأصل أنّ السّلعة لبائعٍ فلا تَخرج من مُلكه إلاّ بيقينٍ من إقرارٍ أو بيِّنة، ولأنّ الْمَبيع الذي هو المقصود بالذّات يعود إليه بالفسـخ النّاشئ عن التّحالف[1].

=

مسعود كما قال مالكٌ، وهو عند جماعة العلماء أصلٌ تلقّوه بالقبول، وبنَوا عليـه كثيراً من فروعه، واشتهر عندهم بالْحجاز والعراق شهرةً يُستغنَى بها عن الإسناد؛ كما اشتهر عندهم قوله عليه السّلام: (لا وصيّةَ لوارث)، ومثل هذا من الآثار التي قد اشتهرت عند جماعة العلماء استفاضةً يكاد يُستغنَى فيها عـن الإسـناد؛ لأنّ استفاضتها وشهرتها عندهم أقوى من الإسناد».

وقال الشّيخ الألباني في إرواء الغليل١٦٩/٥، ١٦٨: «وقال شيخه الحاكم: صحيح الإسناد!، ووافقه الذهبي! قلت -الألباني-: أما أنّ الحديث قويٌّ بمجموع طرقه فذلك ممّا لا يرتاب فيه الباحث، وأما أنّ إسناده هذا حسنٌ أو صحيحٌ ففيه نَظَرٌ»، وصحّحه في: صحيح ابن ماجه (٢١٧٧/١٧٧٩)، والجـامع الصّـغير (٢٨٨-٢٩٠)، ومشكاة المصابيح (٢٨٨٠)، والسّلسلة الصّحيحة (٧٩٨).

وانظر: تكملة المجموع ١١١/١٢، وتخريج د. خليل ملاّ خاطر له في سنن الشّافعي ٣٣٣/١.

(١) قال أبو عيسى التّرمذي في سننه ٥٧٠/٣: «قال إسحاق بن مَنصور: قُلْتُ لأحمد: إذا اختلف البَيِّعَان ولَم تَكن بيِّنةٌ؟ قال: القولُ ما قال رَبُّ السِّلعة، أو يَترادّان. قال إسحاق: كما قال. وكلّ مَنْ كان القولُ قولَهُ فعليه اليمين». قـال أبـو عيسـى التّرمذي: «هكذا رُوِي عن بعض أهل العلم من التّابعين، منهم: شُرَيْحُ وغيره».

وانظر: بدائع الصّنائع ١٥٤/٥، والتّمهيد ٢٣٦/١٢، وتكملة المجموع ١١٥/١٢، والْمغني ١٣٣/١٠.

٢-ومن المعقول؛ أنّ العلة في تبدءة الْمُدَّعَى عليه باليمين ليست كونُهُ مُدَّعًى عليه، ولو كان كذلك لما وُجدَ مُدَّعًى عليه إلاّ والقولُ قولُهُ مع يَمينه دائماً، ولا العلة في إيجَاب البيِّنة على الْمُدَّعِي كونُهُ مُدَّعياً؛ إذ لو كان كذلك لَمَا وُجدَ مُدَّعٍ إلاّ عليه البيّنة دائماً، وإنّما العلّة في كونِ الْمُدَّعَى عليه مُصَدَّقاً مع يَمينه؛ أنّ له سبباً يدلّ على تصديقه وهو كون السّلعة بيده، ألا ترى أنّ السّلعة إذا خرجت من يده وحازها الرّجل بحضرته مدّةً طويلةً ثم ادّعى أنّه اشتراها منه؛ فالقول قولُ الحائز مع يَمينه، وإن كان هو الْمُدَّعِي للشّراء؛ لأنّ له سبباً على تصديقه وهو حيازة السّلعة بحضرته المدّة الطّويلة؛ فإذا كان لكلّ واحدٍ من الْمُتَدَاعِيَين سببٌ يدلّ على تصديقه بُدِءَ باليمين مَنْ قَوِيَ سببُهُ على سبب صاحبه(١).

٣-وجودُ بعضِ مسائلَ فقهية كان فيها الْمُدَّعَى عليه طَالباً، والْمُدَّعِي مَطْلُوباً، وطُولِبَ الطّالبُ باليمين يثبت بها صحّة دعواه، منْ أمثلة ذلك: إذا بلغ اليتيمُ وطَالَبَ الوصيَّ بمَاله تَحت يده؛ فقال الوصيُّ: أَوصَلْتُكَ؛ فإنّ اليتيمَ هنا طَالبٌ ومُدَّعًى عليه، والوصيَّ مطلوبٌ ومُدَّعٍ، ومع ذلك فإنّ اليمين على اليتيم، وهذه اليمينُ يَمينٌ مُثْبتَةٌ يُثْبتُ بها صحّة دعواه بعدم إيصال المال إليه؛ لأنّ الله تعالى أمر الأوصياء بالإشهاد على اليتامى إذا دفعوا إليهم أموالهم في قوله: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾

(١) انظر: المقدّمات ٣/٣٠٣-٣٠٤، والفروق ٤/٧٤-٧٦.

إلى قوله: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾[١]، فلم يأتمنهم على الدّفع بل على التّصرّف والإنفاق خاصّة، وإذا لم يكونوا أمناء كان الأصل عدم الدّفع وهو يعضد اليتيم ويَخالف الوصيُ؛ فاليتيم طالبٌ ومُدَّعًى عليه وجبت اليمين عليه، والوصيُّ مطلوبٌ ومُدَّعٍ عليه البيّنة[٢].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة –كما سبق في مطلع توثيقها– جليلةٌ شائعةٌ مطّردةٌ عند الفقهاء وتدخل في أبوابٍ كثيرةٍ، و بخاصة مجالات العقود والالتزامات والدّعاوى، وليس بين المذاهب الفقهية خلافٌ فيها في الجملة، إلاّ فيما يرجع إلى بعض تفاصيلها[٣].

قال في الْمُقدِّمات: «إنّ قول النّبيّ ﷺ : البيّنة علَى مَنِ ادَّعى، واليمين على مَنْ أنْكَر، عامٌ في جميع الدّعاوى من الأموال والدّماء وغير ذلك، وخاصٌّ فيما تَجرَّدت دعواه من الْمُتَدَاعيَين عن سببٍ يدلّ على صدقه والله أعلم». ثم قال:

«وهذه جملةٌ لا اختلاف بين أحدٍ من أهل العلم فيها، وما يوجد من الاختلاف بينهم في التّداعِي ليس بِخارجٍ عن هذا الأصل، إنّما هو اختلافهم في قوّة السّبب الدّالّ على تصديق أحد الْمُتَدَاعيَين وضعفه على ما يؤدِّيه الاجتهاد إلى كلّ واحدٍ منهم»[٤].

---

(١) سورة النّساء، الآية: ٦.

(٢) انظر: المقدّمات ٣/٣٠٣-٣٠٤، والفروق ٤/٧٥.

(٣) انظر: الْمراجع السّابقة عند توثيق القاعدة.

(٤) المقدّمات لابن رشد ٢/١٩٢. وانظر: الْمعلم بفوائد مسلم ٢/٤٠١، وزاد الْمعاد =

قال في عارضة الأحوذي: «ليس في هذه القاعدة خلافٌ، وإن كان الخلاف في تفاصيل الوقائع التي تَتَخرّج على هذه القاعدة»[1].

ومن أَهَمِّ ما اختلفوا فيه: مشروعية اليمين على الْمُدَّعِي، واستحقاق الْحقّ وثبوته بها، وعلى هذين الأمرين مدار الخلاف بين الجمهور والحنفية في كثيرٍ من مسائل هذه القاعدة والتي قبلها؛ حيث إنّ الحنفية لا يرون مشروعيةَ اليمين على الْمُدَّعِي، قال في بدائع الصّنائع: «وأمّا ردّ اليمين على الْمُدَّعِي فليس بمشروعٍ»[2]، كما لا يرون استحقاق الحقّ بها وإنّما اليمين لدفع الدّعوى ونفيها فقط، وهي خاصّة للمُدَّعَى عليه دون الْمُدَّعِي، وفيه يقول في بدائع الصّنائع: «واليمين وإن كانت مؤكَّدةً بذكر اسم الله ﷻ، لكنها كلام الخصم فلا تصلح حُجَّةً مُظْهِرةً للحقّ، وتصلح حُجَّةَ الْمُدَّعَى عليه؛ لأنّه مُتَمَسِّكٌ بالظّاهر، وهو ظاهر اليد؛ فحاجته إلى استمرار حكم الظّاهر، واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كافٍ للاستمرار؛ فكان جعلُ البيّنةِ حجّةَ الْمُدَّعِي، وجعلُ اليمينِ حجَّةَ الْمُدَّعَى عليه وضع شيءٍ في موضعه وهو حدّ الحكمة»[3].

وهذا الخلاف يرجع إلى أمرَين:

أحدهما: مذاهبهم في تَمييز الْمُدَّعِي من الْمُدَّعَى عليه، وقد تقدّم الكلام عنه بالتّفصيل في القاعدتين: [٥٩]، و[٦٠]، وأُلَخِّصُ ما قيل في

=

٥/٣٦١-٣٦٥.

(١) عارضة الأحوذيّ لابن العربي ٦/٨٦-٨٧.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٣٤٥، وانظر منه أيضاً: ٥/٣٣٦-٣٣٩، و٣٤٤-٣٤٨.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٣٣٧، وانظر: المواضع السّابقة منه.

ذلك فيما يلي لأربط بينه وبين ما اختلفوا فيه من الجزئيَّة:

لا شكّ أنّ مدار القضاء وعموده على تَمييز القاضي الْمُدَّعِيَ من الْمُدَّعَى عليه؛ إذ به يستطيع القاضي أن يطبّق القواعد المعروفة في البيّنات والتّرجيح؛ لذلك اجتهد الفقهاء في وضع الضّوابط التي تُعينُ القضاةَ على التّمييز بينهما، واختلفوا في ذلك ويُمكن حصر أقوالهم في هذا الموضوع في ثلاث اتّجاهَات رئيسية هي:

الاتّجاه الأوّل: النّظر إلى جنبة كلٍّ مِنَ الْمُتَدَاعيَين قوّةً وضعفاً؛فَمَنْ كانت جَنَبَتُهُ قويَّةً بشهادة أو أمرٍ مصدّق لقوله كان هو الْمُدَّعَى عليه، والآخر مُدَّعياً.وهذا هو مذهب المالكية والشّافعية وقولٌ للحنفية[١].

الاتّجاه الثّاني: الْمدَّعِي هو مَنْ إذا ترك الْخصومة لا يُجبر عليها، والْمُدَّعَى عليه مَنْ إذا ترك الجواب يُجبَر عليه. وبه قال الحنفية والحنابلة[٢].

الاتّجاه الثّالث: النّظر إلى الاشتقاق اللّغوي للدّعوى، وهو أنّ الْمُدَّعِي مُنْشِئُ الدّعوى وهو الذي يضيف إلى نفسه استحقاق شيءٍ في يد غيره، أو في ذمّته، والْمُدَّعَى عليه هو مَنْ توَجَّهَتْ ضدّه الدّعوى، أو مَنْ يُضَافُ إليه استحقاق شيءٍ عليه. وهو قولٌ للحنفية

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٥/٣٣٦-٣٣٧، والمقدّمات٢/١٩٠-١٩١، و٣/٣٠٣-٣٠٥، والفروق٤/٧٥،والذّخيرة٥/٣٢٩-٣٣٠، و٤٥٨، و٦/١١٧، و١١/٧-٨، و٤٥-٤٦، و٥١، والقوانين الفقهية ص ١٩٧، وقواعد الأحكام ٢/٣٢، وفتح الباري ٥/٣٣٤،وأشباه السّيوطي ص١٢٢، و٧٥٩، و٧٧٠، وتكملة المجموع٢٢/٣١٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٤، وبدائع الصّنائع ٥/٣٣٦-٣٣٩، و٣٤٤، و٣٤٨، والمقدّمات ٢/١٩١-١٩٢، والذّخيرة ٥/٣٢٩-٣٣٠، و٤٥٨، وزاد المستقنع ص ١٦٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/٦٠٠، وفتح الباري ٥/٣٣٤.

وللشّافعية والحنابلة[١].

ولعلّ الاتّجاهَ الأوّلَ هو أرجحُ الاتّجاهات؛ لأنّه الذي يُمكن أن يَتخرّج كثيرٌ من الفروع عليه، وبه يتّجه القولُ بإرجاع حالات اليمين إلى صنفين:

أحدهما: دافعةٌ رافعةٌ، ونافيةٌ مُبْرِئَةٌ، وهي التي تتوجّه على الْمُنْكِر لا تتعدّاه؛ لأنّها اليمين التي عليه، وهي المقصود بالأصل براءة الذّمم.

والصّنف الثّاني: جالبةٌ مُثْبِتَةٌ، وهي التي تتوجّه على الْمُدَّعِي، وتندفع بهذا التّقسيم اعتراضات الحنفية على الجمهور في توجيه اليمين للمُدَّعِي عند الحاجة، ويُجاب به عن قول الحنفية: إنّ اليمينَ حجّةٌ للدّفع دون الاستحقاق[٢].

قال في المقدّمات: «فوجه معرفة الفصل في الحكم بين الْمُتَداعيَين تَمييز الْمُدَّعِي الذي يُكَلَّف إقامة البيّنة على دعواه ولا يُمَكّن من اليمين، منَ الْمُدَّعَى عليه الذي يُمَكَّن منَ اليمين ولا يُكَلَّف إقامة البيّنة بالوقوف على العلّة الْمُفَرِّقة بينهما، والْموجبة لتبدئة الْمُدَّعَى عليه باليمين دون الْمُدَّعِي؛ إذ قد يَكون القولُ قولَ الْمُدَّعِي إذا كان في معنَى الْمُدَّعَى عليه، وتكون على الْمُدَّعَى عليه إقامةُ البيّنة إذا كان في معنَى الْمُدَّعِي؛ لأنّ الْمُدَّعَى عليه لم يكنِ القولُ قولَهُ مِنْ أجل أنّه مُدَّعًى عليه، ولأنّ الْمُدَّعِيَ

---

(١) انظر: المراجع السّابقة، وتكملة المجموع ٣١٥/٢٢، والمغني ٢٧٥/١٤، وجمهرة القواعد ٢٠١/١.

(٢) انظر: معالم السّنن ٧٨٢/٣، وبدائع الصّنائع ٣٣٧/٥-٣٣٩، والهداية ٢١٧/٤، والمعونة١٥٦٩/٣-١٥٧١، والتّمهيد ٥٨/١٣، والمقدّمات ٣٠٣/٣-٣٠٤، وبداية المجتهد٤٤١/٤، والذّخيرة٥٣/١١، و٦٦، و٧٨،والقوانين الفقهية ص٢٠٢، ومختصر المزني ص ٣٣٧، وتكملة المجموع ٢٦٩/٢٢، وطرائق الحكم ص ١٩٢.

لم يُكَلَّف إقامةَ البيّنة على دعواه مِنْ أجل أنّه مُدَّعٍ؛ إذ ليست الأحكام للأسماء، إنّما هي للمعانِي؛ فالمعنَى الذي من أجله كان القولُ قولَ الْمُدَّعَى عليه هو أنّ له سبباً يدلّ على صدقه دون الْمُدَّعِي في مجرّد دعواه وهو كون السّلعة بيده إن كانت الدّعوى في شيءٍ بعينه، أو كون ذمّته بريئةً على الأصل في براءة الذّمم إن كانت الدّعوى فيما في ذمّته، والمعنَى الذي من أجله وجب على الْمُدَّعِي إقامة البيّنة على دعواه هو مُجرّد دعواه من سبب يدلّ على صدقه فيما يدَّعيه؛ فإن كان له سببٌ يدلّ على تصديق قوله أقوى من سبب الْمُدَّعَى عليه؛ كالشّاهد الواحد، أو الرّاهن أو ما أشبه ذلك من إرخاء السّتر؛ وجب أن يبدأ باليمين دون الْمُدَّعَى عليه؛ فإن لم يكن لواحدٍ منهما سببٌ يدلّ على صدقه؛ كالسّلعة يتداعيانها وليست بيد واحدٍ منهما، أو كان لكلّ واحد منهما سببٌ مكافئ لسبب صاحبه لا مزيّة له عليه؛ كتكافؤ البيّنة وليست السّلعة في يد واحدٍ منهما، لم يبدأ أحدهما باليمين دون صاحبه، ووجب أن يَحلفا جميعاً ويقسما السّلعة بينهما»(١)، وإنّما ذكرت كلامَهُ بطوله لما فيه من توجيه القاعدة، وذكرُ بعضٍ من الفروع التي يُمكن تخريجها عليه.

أمّا الأمر الثّاني المفضي إلى اختلافهم في بعض تفاصيل القاعدة، فهو اختلافهم في المراد بعموم أصل القاعدة [٦٠] السّابقة، وهي: (البيّنة على الْمُدَّعِي واليمين على مَنْ أنْكَرَ)، هل هو عامٌ أريدَ به العموم، أو عامٌ أريد به الخصوص، وبعبارةٍ أخرى؛ هل هو معلّلٌ ومعقولُ معنًى أم غيرُ معلّلٍ ولا معقول معنًى؟.

فجمهور العلماء على أنّ هذا العموم المراد به الخصوص، وأنّه مُعَلَّلٌ

---

(١) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٢/١٩٠-١٩١، و٣/٣٠٣-٣٠٥.

ومعقولُ معنًى، وهو أنّ البيّنة إنّما جُعلَتْ في جنبة الْمُدَّعِي لكون جانبه أضعف فطُولِبَ بأقوى الدَّليلين وهو البيّنة لتقوّي ضعفه، وجعل جنس اليمين في جنبة الْمُدَّعَى عليه؛ لأنّ جانبه قويّ وإنّما يَحتاج إلى شيءٍ يدفع به الدّعوى عن نفسه ويكفي في ذلك اليمين.

قال في المقدّمات: «فصل: يَتبيَّن بهذا الذي قلناه أنّ قول النّبيّ ﷺ: (البيّنةُ على مَنِ ادَّعَى واليمينُ عَلى مَنْ أنكر) عامٌ في جَميع الدّعاوى من الأموال والدّماء وغير ذلك، وخاصٌ فيما تَجرّدَت دعواه مِنَ الْمُتَداعيَين عن سببٍ يدلّ على صدق قوله. والله أعلم»[1].

ولم يقل بعموم الحديث إلاّ الحنفية في المذهب؛ حيث قالوا: إنّ اليمين دائماً في جنبة الْمُدَّعَى عليه الْمُنْكِر، وأنّ نقلها منه لغيره يعتبر وضع شيءٍ في غير موضعه وهو حدّ الظّلم[2].

وفي ذلك يقول في بدائع الصّنائع: «...وبهذا يتبيّن بطلان مذهب الشّافعي -رحمه الله- في ردّه اليمين إلى الْمُدَّعِي عند نكول الْمُدَّعَى عليه؛ لأنّ النَّبيّ عليه الصّلاة والسّلام ما جَعَلَ اليمين حُجَّةً إلاّ في جانب الْمُدَّعَى عليه؛ فالرّدّ إلى الْمُدَّعِي يكون وضع الشّيء في غير موضعه، وهذا حدُّ الظّلم»[3].

وقد خالف الحنفيةُ الجمهورَ بناءً على هذا القول في كثيرٍ من

---

(١) المقدّمات لابن رشد الجد ١٩٢/٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع٥/٢٣٦-٢٣٩، والمقدّمات٢/١٩٠-١٩٢، و٣/٣٠٣-٣٠٤، وبداية المجتهد ٥٥/٣، و٤٤٠/٤، و٤٥٤، والذّخيرة٤٦/١١، وتكملة المجموع ١١١/١٢،و١١٧والعدّة٢٢٩/٢وأعلام الموقعّين ص٨٧والطّرق الحكمية ص١١٦.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٣٨/٥.

المسائل؛ فقالوا: إنّ اليمين لا يثبت بها حقٌّ، ولا يُقْضَى بشاهد ويَمين الْمُدَّعِي، ولا تَتَوَّجهُ اليمينُ إلى الْمُدَّعِي عند النّكول، وحتّى في القسامة يرون البداءة بالْمُدَّعَى عليهم، عملاً بعموم الحديث، وقد تَنَاوَلَ الكلامُ هذه المسائلَ في القاعدة [٦٠] السّابقة بما يغني عن الإعادة.

ويُلاحَظُ أنّ الحنفية في مذهبهم هذا، ليس فقط في اليمين، بل حتّى البيّنة؛ حيث حصروها في جانب الْمُدَّعِي فقط ولا يَجوز صرفها للمُدَّعَى عليه مهما لزم الأمر، وفي ذلك يقول في بدائع الصّنائع –بعد النّقل السّابق مباشرةً–: «...وعلى هذا يَخرج مسالة الخارج مع ذي اليد إذا أقَامَا البيِّنَةَ أنّه لا تُقْبَلُ بيِّنة ذي اليد؛ لأنّها جُعِلَتْ حُجَّةً للمُدَّعِي، وذو اليد ليس بمُدَّعٍ بل هو مُدَّعًى عليه؛ فلا تكون البيّنَةُ حُجَّةً له؛ فالْتَحَقَتْ بيِّنَتُهُ بالعدم فَخَلَتْ بيّنة الْمُدَّعِي عن الْمُعَارِض فيُعْمَل بها...، وإذا عرفت أنّ البيِّنَةَ حُجَّةُ الْمُدَّعِي،واليمين حُجَّةُ الْمُدَّعَى عليه فلا بدّ من معرفة علائقهما»[1].

قال في الطّرق الحكمية: «أمّا الحديث المشهور على ألسنة الفقهاء: (البيّنة على مَنِ ادَّعَى واليمين على مَنْ أنكر)؛ فهذا قد رُوِيَ، ولكن ليس إسناده في الصّحّة والشّهرة مثل غيره، ولا رواه عامّةُ أصحاب السّنن المشهورة، ولا قال بعمومه أحدٌ من علماء الأمّة، إلاّ طائفةٌ من فقهاء الكوفة؛ مثل: أبي حنيفة؛ فإنّهم يرون اليمين دائماً على جانب المنكر، حتّى في القسامة يُحَلِّفُون الْمُدَّعَى عليه، ولا يَقضون بالشّاهد واليمين، ولا يردّون اليمين على الْمُدَّعِي عند النّكول، واستدلّوا بعموم الحديث»[2].

فتَبيَّنَ رُجْحَانُ مذهب الجمهور أنّ عموم أصل القاعدة: [البيّنةُ على

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٣٨/٥.

(٢) الطّرق الحكمية لابن القيم ص ١١٦، وانظر: تكملة المجموع ١١١/١٢.

الْمُدَّعِي واليمينُ على مَنْ أَنْكَرَ]، مَخْصُوصٌ؛ وقد تقدّم أيضاً رُجْحَانُ الاتّجاه القاضي بالنّظر إلى جنبة كلّ واحد من الْمُتَدَاعيَين في تمييز الْمُدَّعِي من الْمُدَّعَى عليه؛ فبهذا ثبت رُجْحَانُ القاعدة: [اليمين على أَقْوَى الْمُتَدَاعيَين شُبْهَةً] وسلامتها. والله -تعالى- أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.

من تطبيقات القاعدة:

تَتخرّج على هذه القاعدة فروعٌ كثيرةٌ، وقد تقدّم بعضها في القاعدة [٦٠] السّابقة؛ كمسألة عليّة القاعدة، والقضاء بالشّاهد واليمين، وثبوت الحقّ باليمين، وتوجيه اليمين على الْمُدَّعِي عند نكول الْمُدَّعَى عليه وغير ذلك، وبالإضافة إلى تلك ما يلي:

١-أنّ الأصل في جميع الأحكام والدّعاوَى أن يبدأ باليمين مَنْ يغلب على الظّنّ صدقُهُ كان مُدَّعياً أو مُدَّعًى عليه، وإذا كان لكلّ واحد من الْمُتَدَاعيَين سببٌ يدلّ على تصديقه بُدِئ باليمين مَنْ قَوِيَ سببُه على صاحبه[1].

٢-إذا اختلف الْمُتَبَايِعان في مقدار الثّمن، ولم تكن بيّنةٌ تحالفا، لأنّ كلّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ ومُدَّعًى عليه، وحيث قوِيت جنبته طُولِب باليمين[2].

---

(١) انظر: معالم السّنن ٣/٧٨٢، والمقدّمات ٣/٣٠٣-٣٠٤.

(٢) وقد نقل الْمُطيعي اتّفاق الأئمة الأربعة عليه. انظر: مختصر القدوري ص ٢١٧، والهداية ٣/١٦٩، والتّمهيد ١٢/٢٣٤، والمنتقى ٦/٣٩٠، والمهذّب ٢/١٠٩، وتكملة المجموع ١٢/١٠٩، والمغني ٦/٢٧٩، ومنتهى الإرادات ١/٢٦٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٢٧.

٣-إذا اختلف الشّفيع والمشتري في الثّمن؛ فالقول قولُ المشتري مع يَمينه إلاّ أن يكون للشّفيع بيِّنةٌ، وذلك لأنّ المشتري هو العاقد فهو أعرف بالثّمن[١].

٤-إذا بلغ اليتيمُ وطَالَبَ الوصيَّ بمَاله تحت يده؛ فقال الوصيّ: أَوصَلْتُكَ؛ فإنّ اليتيمَ طالبٌ ومُدَّعًى عليه، والوصيَّ مطلوبٌ ومُدَّعٍ، فوجب على اليتيم يَمينٌ، وهذه اليمينُ يَمينٌ مُثْبتَةٌ يُثْبتُ اليتيم بها صحّة دعواه بعدم إيصال المال إليه؛ لأنّ الله تعالى أمر الأوصياء بالإشهاد على اليتامى إذا دفعوا إليهم أموالهم في قوله: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ إلى قوله: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبًا﴾[٢]، فلم يأتَمنهم على الدّفع بل على التّصرّف والإنفاق خاصّة، وإذا لم يكونوا أمناء كان الأصل عدم الدّفع وهو يعضد اليتيم ويَخالف الوصي؛ فالوصيُ مطلوبٌ ومُدَّعٍ وجبت عليه البيّنة، واليتيم طالبٌ ومُدَّعًى عليه وجبت اليمين عليه[٣].

٥-أنّ أولياء الدّم هم الْمُبْدؤون بأيْمان القسامة؛ لأنّ اليمين إنّما تَجب على أقوى الْمُتَدَاعيَين سبباً، وقد قَوِيَ سببهم باللَّوْث الذي يغلب على الظّنّ صدقهم فيه؛ فكانت اليمين في جنبهم[٤].

---

(١) انظر: مختصر الخرقي مع المغني ٤٨٩/٧.

(٢) سورة النّساء، الآية: ٦.

(٣) انظر: الفروق ٧٥/٤.

(٤) خلافاً للحنفية في تبدءة الْمُدَّعَى عليهم بالأيمان بناءً منهم على قولهم في عدم توجيه اليمين إلى الْمُدَّعِي، ولا البيّنة إلى الْمُدَّعَى عليه.

انظر: بدائع الصّنائع ٣٥٣/٦، والهداية ١٥٨/٣، ورسالة القيرواني ص ٢٣٤، والمعونة ١٣٤٥/٣، والمقدّمات ٣٠٣/٣، ومختصر المزني ص ٤٢١، والمهذّب =

٦-أنّ الزّوج يبدأ بأيمان اللّعان؛ لأنّ جانبه أقوى من جانبها؛ لأنّه قد ينفك لعانه عن لعانها ولا ينعكس[1].

=

٣/٦٦٧، و٦٧٥، ومختصر الخرقي١٢/١٩٢، والعدّة ٢/١٦١، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٦٠، والمحلّى١١/٣٠١، و٣٠٥.

(١) انظر: شرح مسلم ١٠/٣٥٨.

المبحث الرّابع: القاعدة الثّانية والسّتون [٦٢]

[المعتبرُ في الأيمان التي لا يُقْضَى على حالفها بِموجِبِها هو النّيّة، فإنْ عُدِمَت فقرينةُ الحال، فإنْ عُدِمَت فَعُرفُ اللّفظ، فإنْ عُدِمَ فدلالة اللّغة]

ذكرها ابن رشد في مسألة متعلّق اليمين، أَهُو المعنَى المساوي للصّيغة أي: اللّفظ، أم مفهومه المخصِّص للصّيغة والمعمِّم لها؟ حيث قال:

«وأمّا إذا حلف على شيءٍ بعينه؛ فإنّه لا يَحْنَث عند الشّافعي[1]، وأبي حنيفة[2]، إلاّ بالمخالفة الواقعة في ذلك الشّيء بعينه الذي وقع عليه الحلف، وإنْ كان المفهوم منه معنًى أعمّ أو أخصّ من قِبَلِ الدّلالة العرفية، وكذلك أيضاً فيما أحسب لا يعتبرون النّيّة المخالفة للفظ، وإنّما يعتبرون مجرد الألفاظ فقط.

وأمّا مالك؛ فإنّ المشهور[3] من مذهبه أنّ **المعتبر أوّلاً عنده في الأيمان التي لا يُقضَى على حالفها بموجبها هو النّيّة؛ فإنْ عُدِمَت فقرينة**

---

(١) انظر: المهذّب٣/١٦٥-١٦٧، و١٧٠، و١٧٢-١٨١،وتكملة المجموع١٩/٢٠٢.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١١، والهداية ٢/٧٦.

(٣) وهو المذهب عند الحنابلة.

انظر: المقدّمات١/٤٠٨،وعقد الجواهر٢/٣٤٨-٣٤٩، وجامع الأمّهات ص٢٣٥، ومختصر خليل ص ٩٦، ومواهب الجليل ٤/٤٢٧، ومختصر الخرقي ١٣/٥٤٣، و٥٤٥، والمغني ١٣/٥٤٣-٥٤٧، والعدّة ٢/١٠٥-١٠٩، ومنتهى الإرادات ٢/٣٣٥-٣٤٢، وشرح منتهى الإرادات٦/٣٩٢-٤٢٠،وزاد المستقنع ص١٥٨.

الحال؛ فإنْ عُدِمَت فعرف اللّفظ؛ فإنْ عُدِمَ فدلالةُ اللّغة»[١].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها[٢] في كتب الفقهاء منها:

جاء في التّلقين: «ويعتبر في اليمين ثلاثة أشياء: أوّلها: النّيّة؛ فيحمل

(١) بداية المجتهد ٢/٤٠٣.

(٢) كما ورد خلافها عند المذهب المعارض. قال في المجموع ١٩/١٩٣: «مبنَى اليمين على لفظ الحالف؛ فإذا حلف صريحة عبارته انصرفت يمينه إليها، سواء كان ما نواه موافقاً لظاهر اللّفظ أو مخالفاً، فالموافق للظّاهر: أن ينوي باللّفظ موضوعَهُ الأصليَّ، مثل أن ينوي باللّفظ العامّ العموم، وبالمطلَق الإطلاقَ، وبسائر الألفاظ ما يتبادر إلى الأفهام منها أو المخالف؛ فإنّه يتنوّع أنواعاً:
أحدها: أن ينوي بالعام الخاصَّ، مثل أن يحلف: لا يأكل لحماً ولا فاكهةً ويريد لحماً بعينه وفاكهةً بعينها. ومنها: أن يحلف على فعل شيء أو تركه مطلقاً وينوي فعلَهُ أو تركَهُ في وقت بعينه، مثل أن يحلف أن لا يركب السّيارة وهو يعني: الآن أو اليوم، أو يحلف لألبَسَنَّ يَعني: السّاعةَ.
ومنها: أن يعني بقسمه غير ما يفهمه السّامعُ منه؛ كالمعاريض ونحوها.
ومنها: أن يريد بالخاصِّ العامَ، مثل أن يحلف: لا شربت لفلان الماء من العطش، يعني: قطع كلّ ما له فيه منّة، أو لا يأوي مع امرأته في دارٍ، يريد: جفاءها بترك اجتماعها معه في جميع الدّور.
في كلّ ما ذكرناه لا عبرة عندنا بما عناه أو نواه أو خالف لفظه؛ لأنّ الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين، واليمين هو اللّفظ، فلو أحنثناه على ما سواه لأحنثناه على ما نوى لا على ما حلف.
ولأنّ النّيّة بمجرّدها لا تنعقد بها اليمين؛ فكذلك لا يحنث بمخالفتها، وبهذا قال أبو حنيفة.
وقال مالك وأحمد رضي الله عنهما: إذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه إليه، سواء خالف اللّفظ أو وافقه؛ لأنّ مَبْنَى اليمين على النّيّة». وانظر: أشباه السّيوطي ص ١٩١، و١٩٦.

عليها إذا كانت مِمّا يصلح أَنْ يُراد اللّفظ بها... فإِنْ عدم الحالف تحصيلها نظراً للسّبب المثير لليمين ليعرف منه، فإن عُدِمَ أجرى اللّفظ على ما يقتضيه إطلاقه في عرف اللّغة وعادة التّخاطب دون عادة الفعل، وذلك؛ كالحالف لا آكل رؤوساً، أو بيضاً، أو لا أسبح في نهر أو غدير؛ فإِنْ قصد معنىً عاماً وعبّر عنه بلفظٍ خاصٍ، أو معنًى خاصاً وعبّر عنه بلفظٍ عامٍ حُكم بنيّته إذا قارنها عرف التّخاطب...»[1].

وجاء في المقدّمات: «فاليمين على هذا القول تُحْمَل على نية الحالف، فإن لم تكن له نية فبساط يمينه، فإن لم تكن له نية ولا كان ليمينه بساطٌ فما عُرِفَ مِنْ مقاصد النّاس بأيمانهم، وإن لم يعُلَم في ذلك للنّاس مقصدٌ حُمِلَت يمينه على ما يوجب ظاهر لفظه في حقيقة اللّغة...»[2].

وجاء في الفروق: «الْمُطْلِق إذا أطلق اللّفظَ العامَّ ونوى جميع أفراده بيمينه حنثناه بكلّ فردٍ من ذلك العموم لوجود اللّفظ فيه، ولوجود النِّيَّة، والنِّيَّة هنا مؤكِّدةٌ لصيغة العموم.

وإن أطلق اللّفظَ العامَّ من غير نيَّةٍ ولا بساطٍ ولا عادةٍ صارفةٍ حنثناه بكلّ فردٍ من أفراد العموم للوضع الصّريح في ذلك.

وإن أطلق اللّفظَ العامَّ ونوى بعضها باليمين وغفل عن البعض الآخر لم يتعرّض له بنفيٍ ولا إثبات حنثناه بالبعض المنوي باللّفظ والنِّيَّة المؤكِّدة، وبالبعض الآخر باللّفظ؛ فإنّه مستقلٌّ بالحكم غير محتاجٍ إلى النِّيَّة لصراحته والصّريح لا يحتاج إلى غيره.

---

(١) التّلقين للقاضي عبد الوهّاب ص ٢٥٣، وانظر: المعونة ١/٦٤٠.

(٢) المقدّمات لابن رشد ١/٤٠٨.

وإن أطلق اللّفظَ العامَّ وقال: نويت إخراج بعض أنواعه عن اليمين قلنا: لا يحنث بذلك البعض المخرج؛ لأنّ نيّته مخصِّصةٌ لعموم لفظه»[١].

وجاء في مواهب الجليل: «...أتبعه بالكلام على مقتضيات البرّ[٢] والحنث؛ فذكر من ذلك خمسة أمور:الأوّل: النّيّة، الثّاني:البساط، الثّالث: العرف القوليّ، الرّابع: المقصد اللّغوي، الخامس: المقصد الشّرعي»[٣].

وجاء في مختصر الخرقي: «ويُرجَعُ في الأيمان إلى النِّيَّة، فإنْ لم يَنْوِ شيئاً رُجِعَ إلى سبَب اليمين وما هيَّجها»[٤].

وجاء في المغني: «وإنْ عُدِمَ السّببُ والنِّيَّة لم يحنث إلاّ بفعل ما تناوله لفظُهُ وهو الأُوِيّ معها في تلك الدّار بعينها؛ لأنّه يجب اتّباعُ لفظه؛ إذ لم تكن نيَّةٌ ولا سببٌ يصرف اللَّفظَ عن مقتضاه، أو يقتضي زيادةً عليه، ومعنَى الأويّ الدّخول»[٥].

---

(١) الفروق للقرافي ١/١٧٨، ف:[٢٩]، و٣/٦٤-٧٣، ف:[١٣٠]، وانظر: الذّخيرة ٤/٢٥ فما بعدها.

(٢) بَرَّ في يَمينه يَبَرُّ بِرّاً؛أي: صدق،فهو بَرٌّ وبارٌّ؛أي:صادقٌ أو تقي،وهو خلاف الفاجر.
وفي الاصطلاح الفقهي: هو الموافقة لما حلف عليه.
انظر: مختار الصّحاح ص ٤٧، والمصباح المنير ص ١٧، والقوانين الفقهية ص ١٠٨.

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٢٧، و٤٤٠-٤٤١، وانظر: المنتقى ٤/٤٦٥، والمقدّمات ١/٤٠٨-٤١٠، وعقد الجواهر ٢/٣٤٨-٣٤٩، والقوانين الفقهية ص ١٠٨، وجامع الأمّهات ص ٢٣٥، والتّاج والإكليل ٤/٤٣٩.

(٤) مختصر الخرقيّ ١٣/٥٤٣، و٥٤٥.

(٥) المغني لِموفّق الدِّين ابن قدامة ١٣/٥٦٨، وانظر: القواعد عند ابن القيّم ص ٢٣٤-٢٣٥، و٤٣٤.

وجاء في زاد المستقنع: ((يُرجَع في الأيمان إلى نيّة الحالف إذا احتملها اللّفظ، فإنْ عُدِمَتِ النِّيّة رُجِعَ إلى سبب اليمين وما هيّجها، فإنْ عُدِمَ ذلك رجع إلى التّعيين...، فإنْ عُدِمَ ذلك رُجِعَ إلى ما يتناوله الاسم وهو ثلاثة: شرعيٌّ، وحقيقيٌّ، وعرفيٌّ))[١].

وجاء في منتهى الإرادات: ((يُرجَعُ فيها -أي: الأيْمان- إلى نِيَّة حالفٍ ليس بها ظالماً إذا احتملها لفظُهُ...، فإن لم ينوِ شيئاً فإلى سببِ يَمينٍ وما هَيَّجَها))[٢].

شرح مفردات القاعدة:

الأيْمَان: جمع يَمينٍ، وهو لغةً القوّة والشّدّة، مأخوذٌ من اليمين الذي هو العضو؛ لأنّهم كانوا إذا حلفوا وضع أحدهم يمينه في يمين صاحبه؛ فُسمِّي الحلف يميناً.

وقيل: اليمين القوّة، ويُسَمَّى العضو يميناً لوفور قوّته على اليسار. ولما كان الحلف يقوّي الخبر من الوجودأو العدم سُمِّي يميناً، ويُجمع على: أيْمَان وأَيْمُن؛ كرغيف وأَرْغُف[٣].

---

(١) زاد المستقنع لشرف الدِّين موسى الدّمشقي ص ١٥٨، وانظر: العدّة ٢/١٠٥-١٠٩، والمغني ١٣/٥٤٣-٥٤٧، ومنتهى الإرادات ٢/٣٣٥-٣٤٦، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٩٢-٤٢٠.

(٢) منتهى الإرادات للفتوحي ٢/٣٣٥، وانظر:شرح منتهى الإرادات ٦/٣٩٣، و٣٩٦، و٣٩٧، و٤٠٤.

(٣) انظر: المفردات ص ١٣٦، و٥٥٤، وطلبة الطّلبة ص ١٦٧، والمصباح المنير ص ٥٦، و٢٦١، وشرح حدود ابن عرفة ١/٢٠٥، ومواهب الجليل ٤/٣٩٦، وفتح الباري ١١/٥٢٥، وأنيس الفقهاء ص ٦١.

وشرعاً: تحقيق ما لَمْ يَجبْ بذكر اسم الله أو صفته[١].

أو: توكيد حكمٍ بذكرِ مُعَظَّمٍ على وجه مَخصوص[٢].

الذي لا يُقْضَى على حالفها بموجبها: أي: في أَيْمَانٍ مطلقةٍ، وليس في دعوى أو مُحاكمة أو قضاء[٣].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ جليلةٌ تعالج موضوعاً مهمّاً وهو مقتضيات البرّ والحنث ممّا يجري على ألسن المكلّف من الأيمان، ويقع فيه كثيرٌ من النّاس، وتقرّر أنّ للحالف نيّتَهُ التي أرادها وعقد عليها يَمينَه، وأنّ مبْنَى اليمين على نيّته في تخصيص العامّ أو تعميم الخاصّ، وفي تقييد المطلق وتعميمه، وفي تعيين أحد مسمّيات الألفاظ المشتركة؛ فإذا نوى بيمينه ما يحتمله اللّفظ ويصلح له انصرفت يمينه إليه، سواءٌ كان ما نواه موافقاً لظاهر اللّفظ أو مخالفاً له؛ فالموافق لظاهر اللّفظ؛ كأن ينوي باللّفظ موضوعَهُ الأصليَّ، كما لو نوى باللّفظ العامّ العمومَ، وبالمطلق الإطلاقَ، وبسائر الألفاظ ما يتبادر إلى الأفهام منها.

وأمّا المخالف لظاهر لفظه فأنواع منها:

أَنْ يحلف باللّفظ العامِ وينوي به الخاصَّ، مثاله: لو حلف لا يأكل لَحماً ولا فاكهةً، وينوي لَحماً بعينه، وفاكهةً بعينها، ويخرج بنيته ما عداها.

أن يحلف على فعل شيءٍ أو تركه مطلقاً، وينوي تقييد فعله أو تركه

---

(١) انظر: حدود ابن عرفة ٢٠٦/١، ومختصر خليل ص٩٤، وفتح الباري ٥٢٥/١١، وأنيس الفقهاء ص ٦١.

(٢) انظر: منتهى الإرادات ٣٢٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٦٧/٦، ومعجم لغة الفقهاء ص٨٠، ٤٨٤.

(٣) انظر: المنتقى ٤٥٥/٤-٤٥٦، والمقدّمات ٤١٠/١، وجامع الأمّهات ص ٢٣٥، ومواهب الجيل ٤٣٣/٤، و٤٣٨، ومعجم لغة الفقهاء ص٨٠، ٤٨٤.

بوقتٍ معيَّن. مثال: لو حلف لا يتغدَّى، وينوي: اليوم، أو لَيأكُلَنَّ، وينويَ: السّاعة.

أن يحلف باللّفظ الخاصّ وينوي العامَّ. مثاله: لو حلف لا شرب لفلان الماءَ من العطشِ، وينوي به قطع كلِّ ما له فيه منّةٌ.

ففي هذه كلّها يكون مبنَى يمينه على نيّته، وإن لم تكن فقرينة الحال وهي التّي عبّر عنها الحنابلة بسبب اليمين وما هيَّجها لدلالته على النِّيَّة، وإن لم تكن النّيّة ولا القرينة، فعرف اللّفظ من مقاصد النّاس بأيمانهم، وإن لم يعلم ذلك فدلالة اللّغة؛ فتُحمل يمينه على ما يوجب ظاهر لفظه في حقيقة اللّغة(١).

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لم تتّفق المذاهب الفقهية على هذه القاعدة، بل اختلفوا فيها على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّ مبنَى اليمين على ظاهر لفظ الحالف؛ فإذا حلف بشيءٍ انصرفت يَمينه إلى مدلول عبارته، ولا عبرة بالنّيّة ولا قرينة الحال فيما يخالف لفظَ الحالف، سواء ما نواه موافقاً لظاهر اللّفظ أو مخالفاً له، فهو على خلاف القاعدة. وهذا مذهب الحنفية والشّافعية وقولٌ للمالكية(٢).

---

(١) انظر: التّلقين ص ٢٥٣-٢٥٤، والمقدّمات ١/٤٠٨-٤٠٩، وعقد الجواهر ٢/٣٤٨، والفروق ١/١٧٨-١٨٠، و٣/٦٤-٦٥، والذّخيرة ٤/٢٥ فما بعدها، ومواهب الجليل ٤/٤٢٧-٤٢٧، و٤٤٢، والمغني ١٣/٤٥٣-٥٤٧، والعدّة ٢/١٠٥-١٠٦، وزاد المستقنع ص ١٥٨، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٩٢، وشرح مسلم ١١/١٢٠-١٢١، وفتح الباري ١١/٥٨٠، و١٢/٣٤٢.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١١، وبدائع الصّنائع ٣/٧٦-٧٩، و٩٠-١١١-١١٣-١٢٥، والهداية ٢/٧٦-٧٧، وأشباه ابن نجيم ص ٥٣، والمقدّمات ١/٤٠٨-٤٠٩، ومختصر المزني ص ٣٩٧-٣٩٨، والمهذّب ٣/١٧٢، و١٧٤-١٧٦، والمجموع ١٩/١٩٣-١٩٤، و٢٠٤-٢٠٥، وأشباه السّبكي ١/٦٩-٧٢، =

المذهب الثّاني: مذهب القائلين بالقاعدة في الجملة، وهو أنّ مبْنَى الأيمان على نيّة الحالف، وإنْ عُدِمَتِ النّينة فقرينة الحال، وهي السّبب المثير لليمين وما هيّجها. وهذا مذهب المالكية والحنابلة والظّاهرية وقولٌ للحنفية والشّافعية[1]. ثم اختلف المالكية والحنابلة بعد ذلك:

فقال المالكية: إذا عُدِمَتِ النّيّة ولا قرينة الحال التي هي السّبب؛ فإنّ يمينه محمولة على عرف اللّفظ، وهو ما عُرِف من مقاصد النّاس بأيمانهم، وإن لم يُعلَم في ذلك للنّاس مقصدٌ حُمِلَتْ يمينُهُ على دلالة اللّغة، وهو ما يوجب ظاهر لفظه في حقيقة اللّغة[2].

وقال الحنابلة: يرجع في الأيمان -فيما لم تُعْلَم فيها نيّة الحالف ولا سبب اليمين وما هيّجها- إلى التّعيين؛ لأنّه أبلغ من دلالة الاسم على مُسمّاه؛ لنفيه الإبهام بالكليّة؛ فإن عُدمَ ذلك رجع إلى ما يتناوله الاسم وهو ثلاثة: شَرْعِيٌّ، وحَقِيقِيٌّ لُغَوِيٌّ، وعُرْفِيٌّ، على ترتيب زاد المستقنع.

فالشّرعي: ما له موضوعٌ في الشّرع وموضوعٌ في اللّغة؛ فالمطلق ينصرف إلى الموضوع الشّرعيّ الصّحيح؛ كالصّلاة، والزّكاة، والصّوم،

=

وأشباه السّيوطي ص ١٩١، و١٩٦.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٨٠، و٨٣، و٩٦، و١٢٨-١٣٥، ومختصر المزني ص ٣٩٥، و٣٩٨، والمهذّب ٣/١٧٥، و١٨١، و١٨٥-١٨٦، وأشباه السّبكي ١/٦٩-٧٢، وزاد المستقنع ص ١٥٨-١٥٩، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٩٢-٤١٩، والمحلّى ٦/٢٩٩.

(٢) انظر: التّلقين ص٢٥٣-٢٥٤، والمقدّمات١/٤٠٨، وبداية المجتهد٢/٤٠٣، وعقد الجواهر ٢/٣٤٨-٣٤٩، والذّخيرة ٤/٢٥-٢٧-٢٩، والقوانين الفقهية ص ١٠٨، ومختصر خليل ص ٩٦، ومواهب الجليل ٤/٤٢٧، و٤٣٩-٤٤٣.

والحجّ ونحو ذلك.

والحقيقيّ: هو الذي لم يغلب مجازه[١] على حقيقته؛ كاللّحم.

والعرفي:ما اشتهر مجازه فغلب على حقيقته؛كالرّاوِيَة[٢]، والظّعينة[٣]، والدّابة[٤]، والغائط[٥]، والعذرة[٦]، ونحوها فتعلّق اليمين بالعرف[٧].

الأدلّة:

استدلّ القائلون بأنّ مبنَى اليمين على ظاهر لفظ الحالف دون النّيّة ولا قرينة الحال بما يلي[٨]:

١-أنّ الحنث مُخالَفَةُ ما عقَد عليه اليمينَ، واليمينُ هو لَفْظُهُ، فلو أَحْنَثْنَاهُ على ما سواه لأَحْنَثْنَاه على ما نوى لا على ما حَلَف.

---

(١) المجاز: اسمٌ لما أريد به غير ما وضع له لمناسبة بينهما؛ كتسمية الشّجاع أسداً. نظر: التّعريفات ص ٢٠٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٧٥.

(٢) حقيقةً: الجمل يستسقى عليه. وعرفاً: الْمَزَادَةُ.
انظر: المغني ١٣/٦٠٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٠٩.

(٣) حقيقة: النّاقة يُظعَنُ عليها، وعرفاً: المرأة في الهودج.
انظر: المغني ١٣/٦٠٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٠٩.

(٤) حقيقةً: كلّ ما دبّ ودرج، وعرفاً: الخيل والبغال والحمير.
انظر: المغني ١٣/٦٠٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٠٩.

(٥) حقيقةً: المكان المطمئنّ من الأرض، وعرفاً: الخارج المستقذر.
انظر: المغني ١٣/٦٠٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٠٩.

(٦) حقيقةً: فناء الدّار، وعرفاً: الغائط.
انظر: المغني ١٣/٦٠٣، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٠٩.

(٧) انظر: القوانين الفقهية ص ١٠٨، والمغني ١٣/٥٤٣-٥٤٧، والعدّة ٢/١٠٧-١٠٩، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٠٥-٤٢٠، وزاد المستقنع ص ١٥٨-١٥٩.

(٨) انظر: المهذّب ٣/١٦٥-١٦٩ فما بعدها، والمجموع ١٩/١٩٣-١٩٤.

٢-ولأنّ النّيّة بمجرّدها لا تَنْعَقِدُ بها اليمين؛ فكذلك لا يَحْنَثُ بِمُخالَفَتِها.

وأجيب عن ذلك بأنّ اليمين انعقدت على ما نواه ولفظه مصروفٌ إليه، وليست هذه نِيَّةً مُجرَّدةً، بل لفظٌ مَنْوِيٌّ به ما يحتمله(١).

واستدلّ القائلون باعتبار نيّة الحالف وقرينة حاله على القاعدة في الجملة بما يأتي:

١-أنّه نوى بكلامه ما يحتمله، ويُسُوغُ في اللّغة التّعبيرُ به عنه؛ فتنصرف يمينُهُ إليه كالمعاريض، وبيان احتمال اللّفظ أنّه يسُوغُ في كلام العرب التّعبير بالخاصِّ عن العامّ؛ وحيث احتمل اللّفظ وجب صرفُ اليمين إليه بالنّيّة؛ لحديث: ((وإنّما لكلّ امرئ ما نوى))(٢).

٢-ولأنّ كلام الشّارع يُحمل على ما دلَّ دليلٌ على إرادته به، فكذا كلامُ غيره(٣).

٣-ولأنّ السّبب دليلٌ على النّيّة؛ فتتعلّق اليمين به، وقد ثبت أنّ كلام الشّارع إذا كان خاصّاً في شيءٍ لسببٍ عامٍّ، تعدَّى إلى ما وُجدَ فيه السّببُ؛ كتنصيصه على تحريم التّفاضل في أعيانٍ ستَّة، أثبت هنا الحكم في كلّ ما وُجدَ فيه معناها على الصّحيح؛ فكذلك في كلام الآدمي(٤).

---

(١) انظر: المعونة ١/٦٤٠، والمغني ١٣/٥٤٣-٥٤٤، والعدّة ٢/١٠٥-١٠٦.

(٢) جزء من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وتقدّم تخريجه في أدلّة القاعدة [١٦]. وانظر: المعونة ١/٦٤٠، المقدّمات ١/٤٠٨، والمغني ١٣/٥٤٤، والعدّة ٢/١٠٥-١٠٦، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٩٣.

(٣) انظر: المعونة ١/٦٤٠، والعدّة ٢/١٠٥-١٠٦، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٩٣.

(٤) انظر: الذّخيرة٤/٢٧،والتّاج والإكليل ومواهب الجليل٤/٤٣٩، والمغني١٣/٥٤٥.

شروط ابتناء اليمين على نيّة الحالف:

أوّلاً: يشترط لحمل اليمين على النّيّة احتمال اللّفظ لما نواه؛ كأَنْ ينـوي بالسّقف وبالبناء السّماءَ، وبالفراشِ والبساطِ الأرضَ، وبالأوتاد الجبالَ، وباللّباسِ اللّيلَ، وبنسائي طوالقُ أقاربهُ النّساءَ، وبجواريَّ أحرارٌ سُفُنَهُ، وأمّا ما لا يحتمله اللّفظ أصلاً كما لو حلَفَ لا يأكل خُبزاً، قال: نويْتُ: لا أدخلُ بيتاً، فلا أثر لنيّته؛ لأنّها نيّةٌ مُجرَّدةٌ لا يحتملها لفظه[١].

ثانياً: أن لا يكون ظالماً أو يقتطع بيمينه حقّاً لغيره، وأمّا إذا اقتطع بها حقّاً لغيره ظلماً فلا ينفعه في ذلك نيّةٌ إن نواها، وهو آثم في يمينه، عاصٍ لله عزّ وجلّ في فعله، داخل تحت الوعيد[٢]؛ قال رسول الله ﷺ: «مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امرئٍ مسلمٍ بِيَمينه فقَدْ أَوجَبَ الله لَهُ النَّارَ، وحَرَّمَ عليه الجّنة»، قيل: وإِنْ كان شَيْئاً يَسِيراً يا رسول الله!؟ قال: «وَإِنْ قَضِيباً مِنْ أراك»[٣].

ثالثاً: يشترط لتأثير النّيّة المخصِّصة للعامّ في اليمين كونها مُنافيةً صـارفةً، ومتَى لم تكنِ النّيّة كذلك لم تكن مخصِّصةً، وكذلك المخصِّصـات

---

(١) انظر: التّلقين ص ٢٥٣، وعقد الجواهر ٣٤٨/٢، والفروق ٦١/٣-٦٢، ومواهب الجيـل ٤٢٧/٤-٤٢٩، و٤٣٣، والمغنـي ٤٩٧/١٣، و٥٤٣-٥٤٥، والعـدّة ١٠٥/٢، ومنتهى الإرادات ٣٣٥/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٩٣/٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦/٣، والمقدمات ٤١١/١، والـذّخيرة ٢٥/٤، ومواهـب الجليل ٤٣٤/٤، وشرح مسلم ١٢٠/١١-١٢٤، وفتح الباري ٥٨٠/١١-٥٨١، ومختصر الخرقي مع المغني ٤٩٧/١٣-٤٩٨، وشرح منتـهى الإرادات ٤٩١/٥، والوجيز ص١٥٦، والقواعد عند ابن القيّم ص ٢٣٧.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة (٦٠)، المسألة (١).

اللّفظية إذا لم تكن معارضةً لا تكون مخصّصةً، وبهذا الشّرط يظهر الفرق بين النّيّة المخصِّصة والنّيّة المؤكِّدة، فلو حلف: لا لَبِسَ ثوباً، ونوى الكتان؛ فهو لا يخلو:

إمّا أن يكون نوى الكتان وغفل عن البعض الآخر لم يتعرّض له بنفيٍ ولا إثبات؛ فإنّه يحنث بالبعض المنوي باللّفظ والنّيّة المؤكِّدة، وبالبعض الآخرِ باللّفظ؛ فإنّه مستقلٌّ بالحكم غير محتاجٍ إلى النّيّة لصراحته والصّريح لا يحتاج إلى غيره، ولا يمنع الحنث بغير الكُتَّان إلاّ القصد إليه بإخراجه عن اليمين؛ فإذا لم يقصد إخراجه بقي مندرجاً في عموم اللّفظ، والنّيّة التي ذكرها إنّما هي موافقةٌ للفظه في بعض أنواع مُسَمَّاه مؤكِّدةٌ له لا منافية له في شيء من أنواع مُسَمَّى اللّفظ البتة

وإمّا أن يكون نوى إخراج الكتان من الثّوب؛ فحينئذٍ لا يحنث بالكتان؛ لأنّه نوى إخراجه ونيّته حينئذٍ منافيةٌ للفظه العام وصارفةٌ له فتكون مخصِّصةً.

فالمؤثِّر في تخصيص العموم في الأيمان إنّما هو القصد إلى إخراج بعض الأنواع عن العموم لا القصد إلى دخول بعض الأنواع في العموم؛ فإنّ الأوّل منافٍ صارفٌ مخصِّصٌ دون الثّاني؛ فإنّه موافقٌ مؤكِّدٌ[١].

بناءً على هذا، لو جاء المستفتي وقال: نويت كذا، ينظر لنيَّته تلك أَهيَ مُخْرِجَةٌ مُنَافِيَةٌ صارِفَةٌ لعموم اللَّفظ في بعض أنواع مُسَمَّاه أم لا؟ فإن كانت مُنَافِيَةً مُخْرِجَةً صارِفَةً فهي مُخَصِّصةٌ؛ فيقال له: لا تحنث بما نويت

---

(١) انظر: الفروق ١/٣٦، و١٧٨-١٨٦، والذّخيرة ٤/٢٦، ومواهب الجليل ٤/٤٢٨-٤٢٩، وشرح منتهى الإرادات ٦/٣٩٨.

إخراجه عن اليمين، وإن لم تكن نيّته كذلك فلا أثر لها البتة إلاّ التّأكيد وليس من باب المخصِّصات[١].

من أدلّة القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المندرجة تحت القاعدة الكبرى المتّفق عليها وهي: (الأمور بمقاصدها)[٢]، فما يستدلّ به عليها يستدلّ به على هذه القاعدة ومنها[٣]:

١-قوله -تعالى-: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾[٤]؛ حيث رتّب الأجر على النّيّة وإن لم يحصل تمام الفعل[٥].

٢-قول النَّبيّ ﷺ: ((إنّما الأعمال بالنِّيّة، وإنّما لكلّ امرئ ما نوى...)) الحديث[٦].

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على أنّ الأعمال تحسب بنيّة ولا تحسب إذا كانت بلا نيّة، وتدخل النِّيّة في الأيمان كما تدخل في الطّلاق والعتاق والقذف؛ فالنِّيّة تتنوّع كما تتنوّع الأعمال، قال في فتح الباري:

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ٢٧، وأشباه السّبكي ١/١٢، و٥٤، وأشباه السّيوطي ص ٣٨،والوجيز ص١٤٧، و١٥٥، والقواعد عند ابن القيّم ص١٨٥، و١٩٤، و٢١٩.

(٣) انظر: شرح منظومة القواعد ص٦٣-٦٦، والقواعد عند ابن القيّم ص٢٢٠-٢٢٤.

(٤) سورة النّساء، الآية: ١٠٠.

(٥) انظر: تفسير السّعديّ ص ١٩٦، وشرح منظومة القواعد ص ٦٣.

(٦) تقدّم تخريجه في أدلّة القاعدة [٣].

«ومناسبته للتّرجمة: أنّ اليمين من جملة الأعمال؛ فيستدلّ به على تخصيص الألفاظ بالنّيّة زماناً ومكاناً وإن لم يكن في اللّفظ ما يقتضي ذلك، كمَنْ حلف أن لا يدخل دار زيد وأراد في شهرٍ أو سنةٍ مثلاً، أو حلف أن لا يكلّم زيداً مثلاً وأراد في مَنْزله دون غيره فلا يَحنث إذا دخل بعد شهرٍ أو سنةٍ في الأولى، ولا إذا كلّمه في دارٍ أخرى في الثّانية»[1].

٣- بالإضافة إلى أدلّة المذهب القائل بالقاعدة السّابق ذكرها.

١- مسألة: مناط البرِّ والْحِنْث في اليمين الْمُطلقة:

اليمين المطلقة على صورتَين: إثبات أو نفي.

فالإثبات؛ صورته كأن يحلف: ليدخلَنَّ أو ليَفعلَنَّ شيئاً، لم يَبَرَّ إلاّ بفعل جميعه، والدّخول كاملاً، هذا لم أقف على خلاف فيه بين أهل العلم. وذلك لأنّ اليمين تناولت فعلَ الجميع فلم يَبَرَّ إلاّ بفعل الجميع، كما لو أمره الله تعالى بفعل شيءٍ، لم تبرأ ذمّته ولم يخرج من عهدة الأمر إلاّ بفعل الجميع ما لم يكنِ العذر.

ولأنّ اليمين على فعل شيءٍ إخبارٌ بفعله في المستقبل مؤكّداً بالقسم، والخبر بفعل شيءٍ يقتضي فعله كلَّهُ. نظير الحلف على فعل شيءٍ هو الأمر بفعل شيءٍ كما في قوله تعالى: ﴿ٱدْخُلُوا۟ فِى ٱلسِّلْمِ كَآفَّةً﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَٱدْخُلُوا۟ ٱلْبَابَ سُجَّدًا﴾[3]،وقوله تعالى:﴿ ٱدْخُلُوا۟ عَلَيْهِمُ ٱلْبَابَ﴾[4]، فلا يكون المأمور مُمْتَثِلاً بالمأمور به وهو الدّخول

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٥٨٠/١١، وانظر: ١٨/١-٢١، وشرح مسلم ٥٦/١٣.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٠٨.

(٣) سورة النّساء، الآية: ١٥٤.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٢٣.

هنا إلاّ بدخول جُملته، وفعل كلّ ما يقدر عليه من أفعال الخير، وما يعجز عنه يلتزمه وينويه؛ فكذا لا يكون الحالف ليفعل شيئاً باراًّ حتّى يأتِي به على أكمل الوجوه[١].

وأمّا النّفي وهو أن يحلف: لا يأكل رغيفاً فأكل منه، أو لا يدخل داراً فأدخل يدَهُ أو رجلَه أو رأسه أو شيئاً منه فيها، أَيحنث بذلك أم لا يحنث حتّى يأكل الرّغيف كاملاً، ويدخل الدّار بكامل جسمه؟ فيه خلافٌ جارٍ على مذهبَين:

المذهب الأوّل: أنّه يحنث، فالحنثُ يدخل بأقلّ الوجوه والبرُّ لا يكون إلاّ بأكمل الوجوه. وعبّر عنه في الذّخيرة بقوله: «تَنْزِيلُ بعض الْمَحلوف عليه مَنْزِلَةَ كلِّه في سياق البرّ دون الحنث»[٢]. وهو مذهب المالكية والحنابلة[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦/٣، و٨٥، والتّمهيد ٧١/١١، والمنتقى ٤/٤٦٥-٤٦٦، والمقدّمات ٤١١/١، وعقد الجواهر ٣٥٦/٢-٣٥٧، والذّخيرة ٤٠/٤-٤٢، والقوانين الفقهية ص ١٠٨، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٤٤٨/٤-٤٤٩، ومختصر المزني ص٣٩٥، و٣٩٦،والمهذّب١٧٠/٣، و١٨٨،وشرح مسلم ١٩٩/٣، و١٠٦/٩،وفتح الباري٣٢٠/٤،تفسير السّعديّ ص٩٤،ومختصر الخرقي ٥٥٦/١٣، و٥٧٨، والمغني ٥٥٦/١٣-٥٥٩، و٤٠٣/١٤-٤٠٤، والعدّة ١٠٦/٢، وقواعد ابن رجب ص ٥٩٤، وشرح منتهى الإرادات ٤٠٧/٦-٧٠٩، و٤٢٩.

(٢) الذّخيرة للقرافي ٤٠/٤.

(٣) انظر: التّمهيد ٧١/١١، والمنتقى ٤٦٥/٤-٤٦٦، والمقدّمات ٤١١/١، وعقد الجواهر ٣٥٦/٢-٣٥٧، والذّخيرة ٤٠/٤-٤٢، والقوانين الفقهية ص ١٠٨، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٤٤٨/٤-٤٤٩، ومختصر الخرقي ٥٥٦/١٣، و٥٧٨، والمغني ٥٥٦/١٣-٥٥٩، و٤٠٣/١٤-٤٠٤، والعدّة ١٠٦/٢، وقواعد ابن رجب ص ٥٩٤، وشرح منتهى الإرادات ٤٠٧/٦-٧٠٩، و٤٢٩.

المذهب الثّاني: لا يحنث إلاّ بأكل الرّغيف كاملاً، أو دخوله الدّار بكامله؛ فيعتبر أكمل الوجوه في المحلوف عليه في الحنث كما يعتبر في البرّ.

وهو مذهب الحنفية والشّافعية وقولٌ للمالكية وروايةٌ عند الحنابلة[١].

استدلّ أصحاب المذهب الأوّل القائلون بتنْزيل بعض المحلوف عليه منْزِلَة كلّه في سياق البر دون الحنث بما يأتي[٢]:

١-أنّ اليمين يقتضي المنع من فعل المحلوف عليه، فاقتضت المنعَ من فعل شيء منه كالنّهي، ونظير الحلف على ترك فعلٍ قوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا۟ بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ﴾[٣]، وقوله -تعالى-: ﴿لَا تَدْخُلُوا۟ بُيُوتَ ٱلنَّبِىِّ﴾[٤]، ولا يكون المنهي مُمْتَثلاً إلاّ بترك الدّخول كلّه، فكذا الحالف على ترك الفعل لا يبرأ إلاّ بتركه كلّه؛ فمتَى أكل شيئاً من الرّغيف لم يكن تاركاً لما حلف عليه فكان مخالفاً؛ لأنّه يقصد ترك الجميع فلا يكون مُمْتَثلاً ولا بارّاً إلاّ بترك الجميع.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٦، و٨٥، والتّمهيد ١١/٧١، والمنتقى ٤/٤٦٥-٤٦٦، والمقدّمات ١/٤١١، وعقد الجواهر ٢/٣٥٦-٣٥٧، والذّخيرة ٤/٤٠-٤٢، والقوانين الفقهية ص ١٠٨، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٤/٤٤٨-٤٤٩، ومختصر المزني ص ٣٩٥، و٣٩٦، والمهذّب ٣/١٧٠، و١٨٨، وشرح مسلم ٣/١٩٩، و٩/١٠٦، وفتح الباري ٤/٣٢٠، تفسير السّعديّ ص ٩٤، ومختصر الخرقي ١٣/٥٥٦، و٥٧٨، والمغني ١٣/٥٥٦-٥٥٩، و١٤/٤٠٣-٤٠٤، والعدّة ٢/١٠٦، وقواعد ابن رجب ص ٥٩٤، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٠٧-٤٠٩، و٤٢٩.

(٢) انظر أدلّتهم والأجوبة عليها في: الذّخيرة ٤/٤٠-٤١. والقوانين الفقهية ص ١٠٨، والمغني ١٣/٥٥٦-٥٥٧، و١٤/٤٠٣-٤٠٥.

(٣) سورة النّور، الآية: ٢٧.

(٤) سورة الأحزاب، الآية: ٥٣.

٢-أنّ القاعدة الشّرعية تقضي أنّ الانتقال من الحلّ إلى الحرمة يكفي فيه أدنَى سببٍ، ومنَ الحرمة إلى الحلّ بالعكس، وبعبارةٍ أخرى: الخروج من البر إلى الحنث يكفي فيه أدنَى سبب والخروج من الحنث إلى البر يشترط فيه سببٌ أقوى وهو فعل الجميع، ويعني: أنّه لا يخرج من الحرمة إلى الحلّ إلاّ بكامل سببٍ ولا يكفي فيه أدنَى سببٍ؛ لأنّ العقد على الأجنبية مباح، فتذهب هذه الإباحة بمجرّد عقد الأب عليها من غير وطءٍ، والمبتوتة لا تذهب حرمتها إلاّ بعقد رَجُلٍ آخر ووطئها.

٣-أنّه إذا قال: لَيفعَلَنَّ كذا هو كالإبراءِ؛ فلا يَبَرّ إلاّ بفعله على أكمل الوجوه، أو قال: لا يفعل فهو كالنَّهْي؛ وجه ذلك: أنّ الحلف على ترك الفعل يقتضي الْمَنْعَ مِنْ فِعْلِ الْمَحْلوفِ عليه؛ فاقتضت المنع مِنْ فِعْل شيءٍ منه، والنّهي عن الشّيء نهي عن أجزائه؛ فيكون فاعل الجزء مخالفاً، والمخالف حانثٌ. ووجه الجمع بينهما: أنّ الآمر والنّاهي يقصد كلّ منهما الحمل على فعل الشّيء أو المنع منه، والحالف يقصد بيمينه ذلك؛ فكانا سواءً، يحقّقه أنّ الآمر بالفعل والحالف عليه يقصد فعلَ الجميع، فلا يكون مُمْتَثلاً ولا بارّاً إلاّ بفعله كلّه، والنّاهي والحالف على التّرك، يقصد ترك الجميع فلا يكون مُمتَثلاً ولا بارّاً إلاّ بترك الجميع، وفاعل البعض ما فعل الجميع ولا ترك الجميع، فلا يكون مُمْتَثِلاً للأمر ولا النّهي ولا بارّاً في الحلف على الفعل ولا التّرك.

٤-ولأنّ اليمين على فِعْلِ شيءٍ إخبارٌ بِفعلِهِ في المستقبل مُؤَكَّدًا بالقسمِ، والخبرُ بِفِعْلِ شيءٍ يَقْتَضِي فِعْلَهُ كُلَّهُ.

أجيب عنه بأنّ هذه القضية بالعكس، بل الأمر بالشّيء أمرٌ بأجزائه؛ كإيجاب أربع ركعاتٍ، والنّهي عن الشّيء ليس نهياً عن أجزائه؛ كالنّهي

عن خمس ركعات، فعَمَّ النَّهيُ عن الشّيء نهياً عن جزء؛ فإنّه كالنّهي عن مفهوم الخِنْزير، وهو نهي عن الخِنْزير الطّويل والقصير وهذا وذلك، والأمر بالشّيء ليس أمراً بجزئيّاته؛ كالأمر بإعتاق رقبةٍ، ليس أمراً بإعتاق هـــذه وتلك فيثبت ما بين حكم الأجزاء والجزئيّات من فرق؛ فلا يغترّ بذلك.

واستدلّ أصحاب المذهب الثّاني القائلون بأكمل الوجوه مطلقاً بما يأتي[1]:

١-أنّ النّبيّ ﷺ كان يخرج رأسَهُ إلى عائشة وهو مُعتَكِف فتُرَجِّله وهي حائض[2]، والمعتكف مَمْنوعٌ من الخروج من المسجد، والحائض مَمْنوعةٌ من اللُّبْث فيه، ولم ينقطع اعتكاف النّبيّ ﷺ، ولم تأثم عائشة رضي الله عنها؛ فعُلِمَ أنّه لا يأثم إلاّ بارتكاب ما نُهِي عنه كاملاً فكذا الحالف لا يحنث إلاّ بفعل كامل ما حلف على تركه.

قال في المنهاج: ((إنّ المعتكف إذا خرج بعضه من المسجد كيـــده ورجله ورأسه لم يبطل اعتكافه، وأنّ مَنْ حلف: أن لا يـــدخل داراً أو لا يخرج منها فأدخل أو أخرج بعضه لا يحنث، والله أعلم))[3].

وقال في فتح الباري في معرض ذكره لفوائد الحديث: ((وعلـــى أنّ مَنْ أخرج بعض بدنه من مكانٍ حلف أن لا يخرج منه لم يحنـــث حتّـــى

---

(١) انظر أدلتهم والأجوبة عليها في: شرح مسلم ١٩٩/٣، وفتح البـــاري ٣٢٠/٤، والمغني ٥٥٨/١٣.

(٢) حديث تَرَجُّلِ عائشة رضي الله عنها النّبيّ ﷺ، أخرجه البخـــاري في صـــحيحه ٣٢٠/٤، أبواب الاعتكاف، باب الحائض تُرَجِّل الْمُعْتَكِـــفَ، بـــرقم: (١٩٧٦)، ومسلم في صحيحه ٢٤٤/١، كتاب الحيض، باب جواز غســـل الحـــائض رأس زوجها... برقم: (٢٩٧).

(٣) شرح مسلم للنّووي ١٩٩/٣، وانظر: المغني ٥٥٨/١٣.

يخرج رجليه ويعتمد عليهما»[١].

٢-أنّ الكلّ لا يكون بعضاً والبعض لا يكون كلاًّ، فلا يكون فعل بعض المحلوفِ عليه كفعل كلّه.

٣-ولأنّ يَمينه تعلّق بالجميع فلم تَنحلَّ بالبعض؛ كالإثبات.

ولعلّ أرجح المذهبين في نظري القول بأنّ اليمين المطلقة على ترك شيءٍ لا يحنث بفعل بعضٍ مِمّا حلف على تركه إلاّ بفعله على أكمل الوجوه، كما أنّه إذا حلفَ على فعل شيءٍ لا يَبَرّ إلاّ بفعله على أكمل الوجوه. لقوّة أدلته وصراحته، ولأنّ موضوع الشّرط في الكتاب والسّنة وأحكام الشّريعة على أنّه لا يثبت المشروط بدون شرطه، والقول الآخر أحوط، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

وهذا الخلاف في اليمين المطلقة، فأمّا إن نوى الجميعَ أو البعضَ فيَمينُهُ على ما نوى، وإن لم تكن النِّيَّة فقرينة الحال؛ فإن اقترنت به قرينةٌ تقتضي أحد الأمرين تعلّقت يَمينُهُ به[٢].

٢- مسألة: نية الحالف وتأويلها:

ما مضى من مفاد القاعدة هو فيما يتعلّق بما تُحمَل عليه يَمين الحالف عند الإطلاق فيما لا يُقْضَى بها عليه؛ فيسأل عن نيّته، فإن لم تكن فقرينة الحال، وإن لم تكن فعرف اللّفظ، وإن لم يكن فدلالة اللّغة.

أمّا لو اسْتُحْلِفَ فيما يُقْضَى عليه بِيمينه فما هو الْمُؤثِّر، أَنية الحالف أم نية مُسْتَحْلِفه؟

لا يَخلو حال الحالف في هذه الجزئية مِنْ أن يكون اسْتَحْلَفَهُ القاضي

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٣٢٠/٤.

(٢) انظر: المغني ٥٥٨/١٣، و٤٠٣/١٤-٤٠٤، وشرح منتهى الإرادات ٣٩٣/٦.

في دعوى؛ حيث يترتّب على حلفه التزامٌ بحقوق أو براءةُ ذمّته منـــها، أو يحلف ابتداءً، أو يكون الذي استَحْلَفَه غير القاضي، سواء في ذلك يترتّب على حلفه شيءٌ أم لا يترتّب عليه شيءٌ.

الحال الأولى: إذا حَلَفَ ابتداءً من غير تحليف، أو حلّفه غير القاضي وغير نائبه، أو عند القاضي من غير استحلاف القاضي في دعوى، ومـــن غير تعلّق حقٍّ بيمينه، أو كان مظلوماً؛ فالاعتبار بنيّة الحالف، له نيّتُهُ، ولو ورَى في حلفه فله توريته؛ لأنّه لا اعتبار بنيّة الْمُسْتَحْلِف غير القاضـــي، وأنّ اليمين على نيّة الحالف في كلّ الأحوال إلاّ إذا استَحْلَفَهُ القاضـــي أو نائبه في دعوًى توجّهت إليه؛ فتكون على نيّة الْمُسْتَحْلِف، وهـــذا محـــلّ الإجماع بين أهل العلم[1].

وسواءٌ في ذلك كلّه اليمين بالله تعالى أم بالطّلاق والعتاق، وحتّى لو حلّفه القاضي في دعوًى بالطّلاق والعتاق؛ فإنّ للحالف نيّتَهُ والاعتبـــار بنيّته، وتنفعه توريتُهُ؛ لأنّ القاضي ليس له التّحليف بـــالطّلاق والعتـــاق، وإنّما يستحلف بالله تعالى[2].

والتّورية وإن كان لا يَحنث بها، فلا يجوز فعلها حيث يبطل بها حقٌّ مُستَحَقٌّ، ولا خلاف في إثم الحالف بما يقع به حقّ غيره، وإن ورّى، وهذا مجمع عليه[3].

---

(١) حكى الإجماع النّووي وابن حجر وابن قدامة. انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٦، وشرح مســـلم ١١/١٢٠، وفتح الباري ١١/٥٨٠، والمغني ١٣/٤٩٨، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤٩٤.

(٢) انظر: شرح مسلم ١١/١٢٠، وفتح الباري ١١/٥٨٠-٥٨١، والمغني ١٣/٤٩٩، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤٩٤.

(٣) حكى الإجماع القاضي عياض والنّووي وابن قدامة. انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٦، وشرح =

الحال الثّانية: إن كان الذي اسْتَحْلَفَهُ القاضي فيما يترتّب عليه التزامٌ بحقوقٍ أو براءةُ ذمّته منها؛ فإنّ النّيّة هنا نيّة القاضي بلا خلافٍ وقفت عليه. فإذا ادّعى رجلٌ على رجلٍ حقّاً؛ فحلفه القاضي فحلف، وورّى فنوى غير ما نوى القاضي؛ انْعَقَدَت يَمينُهُ على ما نواه القاضي، ولا تنفعه التّورية، وهذا مجمع عليه.

دليله الإجماع، وقوله ﷺ: «يَمينُكَ عَلى مَا يُصَدِّقُكَ عَلَيه صَاحِبُكَ». وفي رواية: «اليمينُ على نِيَّة الْمُسْتَحْلِف»[1].

قال في الْمنهاج مُبَيِّناً وجه الاستدلال منه: «وهذا الحديث محمولٌ على الحلف باستحلاف القاضي...، وأمّا إذا حلف بغير استحلاف القاضي وورّى تنفعه التّورية ولا يحنث، سواء حلف ابتداءً من غير تحليف، أو حلفه غير القاضي وغير نائبه في ذلك، ولا اعتبار بنيّة الْمُسْتَحْلف غير القاضي»[2].

من تطبيقات القاعدة:

١- مَنْ حلف: لا يتكلّم اليوم، فصلّى أو قرأ أو سَبَّحَ أو كَبَّر أو حمد أو هلّل فهو على نيّته؛ فإنْ أراد إدخال القراءة والذّكر حَنثَ إذا قرأ وذكر، وإن أراد لا يدخلهما لم يَحْنَث، وإنْ أطلق ولم ينوِ؛ فقرينةُ حاله، وإنْ لم تكن

=

مسلم ١١/١٢٠-١٢١، وفتح الباري ١١/٥٨١، و١٢/٣٤٤، والمغني ١٣/٤٩٩.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢٧٤، كتاب الأيمان، باب يَمين الحالف على...، برقم: (١٦٥٣).

(٢) شرح مسلم للنّووي ١١/١٢٠، وانظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٦، والذّخيرة ٤/٢٥، و١١/٦٧، والقوانين الفقهية ص ١٠٨، وفتح الباري ١١/٥٨٠، و١٢/٣٤٢، و٣٤٤، وشرح منتهى الإرادات ٥/٤٩١.

فالعرف، وإلاّ فدلالة اللّغة، والصّحيح أنّه لا يَحْنَث؛ لأنّ الكلام في العرف ينصرف إلى كلام الآدميّين؛ ولأنّه لا يَحْنَث بالقراءة والذّكر داخل الصّلاة؛ فليكن كذلك خارجها، وذلك لأنّ القراءة والذّكر ليسا بكلام النّاس بدليل قوله ﷺ: «إنّ هذه الصّلاة لا يَصْلُحُ فيها شيءٌ من كلام النّاس؛ إنّما هو التّسبيح والتّكبير وقراءة القرآن»[١]؛ حيث حكم للذّكر والقراءة بغير حكم كلام النّاس[٢].

٢-ومَنْ حلف: لا كلّمت زيداً ولا سلّمت عليه؛ فصلّى خلفه فسلّم الإمام وسلّم المأموم التّسليمةَ التي يخرج بها من الصّلاة؛ فلا يَحنَث بها جزماً، أمّا التّسليمة التي يردّ بها على الإمام فلا يَحْنَث أيضاً على الصّحيح، وكذلك التّسليمة الثّانية إن كان الذي حلف لا يكلّمه عن يساره فلا يَحنَث؛ لأنّها ليست ممّا ينويه النّاس عرفاً، إلاّ إن قصد الرّدّ عليه؛ فيحمل على نيّته[٣].

٣-أنّه إذا حلف لا يأوي -أي: يدخل- مع امرأته في هذه الدّار، ينظر؛ هل كانت له نيّةٌ فَتُحمل يمينه عليها، وإلاّ نظر إلى سبب اليمين، فإن كان سببها غيظاً من جهة الدّار لضررٍ لَحِقَه منها، أو منّةٍ عليه بها فإنّ يمينه تختصّ بتلك الدّار فقط ولا يحنث بغيرها، وإن كان لغيظٍ لَحِقَهُ

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١/٣٨١-٣٨٢، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، باب تحريم الكلام في الصّلاة ونسخ ما كان من إباحة، برقم: (٥٣٧).

(٢) انظر: شرح مسلم ٥/٢٤، وفتح الباري ١١/٥٧٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٢٥.

(٣) انظر: الذّخيرة ٤/٤٨-٤٩، وفتح الباري ١١/٥٧٥-٥٧٦.

من المرأة يقتضي جفاءها ولا أثر للدّار فيه تعلّق ذلك بإيوائه معها في كلِّ دارٍ وحنث حيثما آوى معها، ولم يكن للدّار أثرٌ في يمينه بل ذِكْرُهَا كعدمه، وإنْ عدمَتِ النّيّة والقرينة حملت على عرف اللّفظ ودلالته وهو الأويّ معها في تلك الدّار بعينها(١).

٤-مَنْ دُعِيَ إلى غداءٍ فحلف: لا يتغدَّى، أو حلف: لا يقعد، نُظِر؛ فإن كانت له نيّتُهُ فيمينه على ما نوى، وإن لم تكن له نيّة فقرينة حاله، وإلاّ فعرف اللّفظ ثم دلالة اللّغة؛ فتُحمَل يمينه على العموم؛ لأنّ لفظ الشّارع إذا كان عامّاً لسببٍ خاصٍّ، وجب الأخذ بعموم اللّفظ دون خصوص السّبب؛ فكذا يمين الحالف(٢).

٥-مَنْ حلف على زوجته أو عبده ألاّ يخرجَ إلاّ بإذنه، فعتق العبد، وطلّق الزّوجةَ وخرجا بغير إذنه لم يحنث؛ لأنّ قرينةَ الحال تنقل حكم الكلام إلى نفسها، وإنّما يملك منعَ الزّوجة والعبد مع ولايته عليهما، فكأنّه قال: ما دمتم في ملْكِي؛ ولأنّ السّبب يدلّ على النّيّة في الخصوص كدلالته عليها في العموم، ولو نوى الخصوصَ لاختصّت يمينه به، فكذلك إذا وجد ما يدلّ عليها(٣).

---

(١) انظر: التّلقين ص٢٥٤، والمهذّب ١٨١/٣، ومختصر الخرقي ٥٦٧/١٣، والمغني ٥٤٥/١٣، و٥٦٧-٥٦٨، ومنتهى الإرادات ٣٣٦/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٩٦/٦.

(٢) انظر: التّلقين ص ٢٥٤، وعقد الجواهر ٣٥١/٢، والمغنِي ٥٤٥/١٣، والعدّة ١٠٦/٢، ومنتهى الإرادات ٣٣٥/٢.

(٣) انظر: الذّخيرة ٣٠/٤، والقوانين الفقهية ص ١١٠، والمغنِي ٥٤٦/١٣، و٥٨٣، =

٦-مَنْ حلف: لَيَخْرُجَنَّ من هذه الدّار فهل يلزمه الخروج بنفسه وأهله؟ فعلى مقتضى القاعدة يسأل عن نيّته فتُحمل يمينه عليها، وإلاّ فعلى قرينة حاله، وإلاّ فعلى عرف اللّفظ، ثم دلالة اللّغة[١].

٧-ومَنْ حلف: لا يسكن داراً وهو ساكنها، أو لا يلبس ثوباً وهو عليه، أو لا يركب دابةً وهو عليها؛ لزمه النّزول أوّل أوقات الإمكان؛ فإن تراخى مع الإمكان حنَث، وهو مبنيٌّ على هل التّمادي على الفعل يُجْعَل كابتدائه؟، والصّحيح أنّ التّمادي على السُّكْنَى كابتدائها في وقوع اسم السُّكْنَى عليها[٢].

٨-مَنْ حلف: لا يدخل هذه الدّار من بابها فدخلها من غير الباب، نُظر فإن كانت له نيته فيمينه على ما نوى، فلو نوى اجتناب الدّار حنث بدخوله من أيّ باب، وإن لم تكن له نيَّةٌ فتحمل على قرينة حاله وسبب يمينه، وإلاّ فعلى عرف اللّفظ، وإلاّ فعلى دلالة لفظه لا يحنث؛ لأنّ يمينه لم تتناول غير الباب[٣].

٩-مَنْ حلف: لا يدخل دار فلان، فدخل دارً أخرى مملوكةً له، أو داراً يسكنها بأجرةٍ، أو بعاريةٍ أو غصبٍ، حُمِلَتْ يَمِينُهُ على نيّته، فإن

=

ومنتهى الإرادات ٢/٣٣٥-٣٣٦.

(١) وقال الحنفية والحنابلة وقولٌ للمالكية: يحنث إذا خرج بنفسه دون أهله وولده وجميع متاعه، فحملوا يَمنيه على الخروج بذلك كلّه.
انظر: الهداية ٢/٧٧، وعقد الجواهر ٢/٣٤٩-٣٥٠، والذّخيرة ٤/٥٣، والقوانين الفقهية ص ١٠٩، ومختصر المزني ص ٣٩٥، والمهذّب ٣/١٦٩، ومختصر الخرقي مع المغني ١٣/٥٤٧، و٥٥١، و٥٥٩-٥٦٠، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٢٩.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: عقد الجواهر ٢/٣٥١، والمغنِي ١٣/٥٥٤.

نوى داراً مملوكةً له وهو ساكنها؛ حنث بما هذه صفته وإلاّ فلا، وإن لم تكن له نيّةٌ فقرينة حاله، وإلاّ فعرف اللّفظ، ثم دلالة اللّغة[١].

١٠-مَنْ حلف: لا يدخل داراً، فأدخل يدَهُ أو رجْلَهُ أو رأسَهُ أو شيئاً منه، وكذا لو حلف: ليدخلَنّ أو يفعلَنَّ شيئاً، فإن نوى الجميعَ أو البعضَ فيمينه على ما نوى، وإنْ لم تكن له نيّةٌ فتُحمل على قرينة حاله، وإلاّ فتُحمل على عرف اللّفظ، ثم دلالة اللّغة[٢].

١١-مَنْ حلف: لا يزور زيداً وعمراً، أو حلف: لا يكلّمهما فزار أو كلّم أحدَهما حنث[٣]، إلاّ أن يكون نوى أن لا يجتمع فعله بهما لم يحنث؛ لأنّه قصد بيمينه ما يحتمله فانصرف إليه، وإن قصد ترك كلام كلّ واحدٍ منهما مُنْفَرِداً حنث بكلام كلّ واحدٍ منهما؛ لأنّه عقد يمينه على ترك ذلك[٤].

١٢-مَنْ حلف: لا صُمْتُ يوماً، أو: لا صلّيتُ صلاةً، لم يحنث حتّى يُكْمِلَ الصّوم والصّلاة على العرف الشّرعي[٥].

---

(١) وفي هذه المسألة غلّب الحنابلة العرف اللّفظيّ فقالوا: يحنث بدخوله أيّ دارٍ يضاف إليه بمطلق الإضافة، سواء بملك أو أجرة أو عارية أو غصبٍ. مع أنّهم لم يحنّثوا مَنْ حلَف: لا يركب دابّة فلان، فركب دابّةً استأجرها.
انظر: بدائع الصّنائع ٣/١٢٥-١٢٧، وعقد الجواهر ٢/٣٥١، ومختصر المزني ص ٣٩٥، والمهذّب ٣/١٧٠-١٧١، والمجموع ١٩/٢٠١-٢٠٢، والمغني ١٣/٥٥٤-٥٥٥.

(٢) هذا من تفريعات مسألة: مناط البرّ والحنث في المحلوف عليه المعبَّر عنها بـ: (تَنْزيل بعض المحلوف عليه مَنْزلة كلّه في سياق البرّ دون الحنث)، وقد تقدّم الكلام عليها في المسألة (١) من هذه القاعدة.

(٣) وهي أيضاً من تفاريع المسألة (١) من هذه القاعدة.

(٤) انظر: القوانين الفقهية ص ١٠٩-١١٠، والمغني ١٣/٥٦٥.

(٥) انظر: المغني ١٣/٥٥٩، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٠٧.

١٣–مَنْ حلف: لا يأكل طعاماً اشتراه زيدٌ، فأكل طعاماً اشتراه زيدٌ وبكرٌ لَم يَحنث؛ لأنّه ليس فيه شيءٌ يمكن أن يشار إليه أنِ اشتراه زيدٌ دون عمروٍ فلم يحنث[١] إلاّ أن يكون نوى انفراده بذلك، فتُحمل يمينه على نيّته[٢].

١٤–ومَنْ حلف: لا يكلِّمُهُ حيناً؛ فإن كانت له نِيَّةٌ حملت يمينه عليها، وإلاّ فعلى قرينة حاله، وإلاّ فعلى عرف اللّفظ[٣].

١٥–مَنْ حلف: لَيَقضيَنَّ فلاناً حقَّهُ غداً، فقضاه قبله لم يَحنَثْ إذا كان نوى بيمينه ألاّ يُجاوز ذلك الوقت؛ لأنّ مقتضى هذه اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الوقت؛ ولأنّ مبنَى الأيمان على النِّيّة ونيّته تعجيل القضاء قبل خروج الوقت، وإن لم تكن له نيَّةٌ رجع إلى قرينة اليّمين؛ لأنّ القرينة تدلّ على النِّيَّة، وإن لم ينو ذلك ولا كانت هناك القرينة تقتضيه فتُحمل يمينه على عرف اللّفظ[٤].

---

(١) وقال الحنفية والمالكية والحنابلة: حنث. وهذه مسألةٌ مبنيةٌ على مسألة مقتضى الحنث في اليمين بالنّفي.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٢/٣٥٨–٣٥٩، والقوانين الفقهية ص ١٠٩، ومختصر المزني ص ٣٩٥، والمهذّب ٣/١٨٩، ومختصر الخرقي مع المغني ١٣/٥٦٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٨٠–٨١ ، والهداية ٢/٨٦، وعقد الجواهر ٢/٣٥٣–٣٥٤، والذّخيرة ٤/٤٣، والقوانين الفقهية ص ١٠٩، ومختصر المزني ص ٣٩٦، ومختصر الخرقي والمغني ١٣/٥٧٢.

(٤) وقال الشّافعية:يَحنث إذا قضاه قبله؛ لأنّه ترك فعل ما حلف عليه مختاراً ومبنَى يمينه على اللّفظ فَحَنِثَ.
انظر: عقد الجواهر٢/٣٥٢، والقوانين الفقهية ص ١٠٩، ومختصر المزني ص ٣٩٦، والمغني١٣/٥٧٥، والعدّة ٢/١٠٦، ومنتهى الإرادات ٢/٣٣٦.

١٦-مَنْ حلف: لا يأكل لحماً، فإن نوى لحماً بعينه حملت يمينه على نيّته، وإن لم تكن له نيّةٌ، فتحمل على قرينة الحال، وإن لم تكن فعلى عرف اللّفظ فيحنث بأكل من لحم الأنعام، أو الطّائر أو السّمك(١).

١٧-الأحكام المذكورة في هذه الفروع إنّما هي مع عدم النِّيَّة والبساط، وإن كان للحالف نِيَّةٌ أو بساطٌ حمل حلفه عليه(٢).

١٨-أنّ المعتبر في يَمين القضاء، بأن يستحلف القاضي في دعوى فالمعتبر نيّة القاضي لا نيّة الحالف، فلو ورّى لا تنفعه توريته، وقد سبق(٣).

١٩-أنّ المعتبر في غير يَمين القضاء، بأن يَحْلفَ ابتداءً، أو يستحلفه غير القاضي ولا نائبه، أو استحلفه القاضي بالطّلاق أو العتاق؛ فإن الاعتبار في ذلك كلّه نيّة الحالف، وتنفعه التّورية، وقد سبق(٤).

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١١، وبدائع الصّنائع ٩٣/٣، والهداية ٨٠/٢، والتّلقين ص ٢٥٤-٢٥٥، والمعونة٦٤٠/١، وعقد الجواهر٣٥٤/٢، مختصر المزني ص٣٩٧-٣٩٨، وأشباه السّيوطي ص١٨٧، ومختصر الخرقي ٦٠١/١٣-٦٠٢، والمغني ٦٠٢/١٣، والعدّة ١٠٦/٢، ومنتهى الإرادات ٣٤٠/٢.

(٢) انظر: القوانين الفقهية ص ١١٠، والمغني ٥٥٨/١٣.

(٣) انظر: شرح مسلم ١٢٠/١١.

(٤) انظر: شرح مسلم ١٢٠/١١.

المبحث الخامس: القاعدةُ الثّالثة والسّتّون [٦٣] في إراقة الدّماء.

وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: [الدّماء لا تُرَاقُ إلاّ بالبيِّنة العادلة أو بالاعتراف]

المطلب الثّانِي: [الأصل أنّ الأيمان ليس لها تأثيرٌ في إشاطة الدِّماء]

ذكر ابن رشد القاعدة الأولى في مسألة حكم نكول أحد الزّوجين في اللّعان(١)، مُرَجِّحاً بها قول الحنفية؛ حيث قال: «وللاشتراك الذي في اسم العذاب اختلفوا أيضاً في الواجب عليها-الزّوجة-إذا نكلت(٢).

---

(١) اللّعان لغة: من اللّعن، وهي الإبعاد والطّرد. انظر: المصباح المنير ص ٢١٢.
واصطلاحاً: حلف الزّوجِ على زنا زوجته أو لنفي نسب، وحلف الزّوجةعلى تكذيبه.
أو هو: شهادةٌ مؤكّدةٌ باليمين المقرونة باللّعن، قائمةٌ مقام حدِّ القذف في حقّ الزّوج، ومقام حدّ الزّنا في حقّ الزّوجة.
انظر: حدود ابن عرفة ٣٠١/١، وشرحي ابن ناجي وزورق ٧٨/٢-٧٩، والفواكه الدّواني ٥٦/٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٦١.

(٢) لا خلاف بين أهل العلم في مشروعية اللّعان، وعلى أنّه لا يجوز مع عدم التّحقّق، وعلى أنّه إذا التعن الزّوجان سقط حدّ القذف عن الزّوج، وحدّ الزّنا عن الزّوجة، وإنّما إذا نكل أحدهما على ما ذكره ابن رشد. انظر: معالم السّنن ٦٨٧/٢، وفتح =

فقال الشّافعي ومالك وأحمد والجمهور[١]: إنّها تُحَدُّ، وَحَدُّها الرّجمُ إن كان دخل بها، ووجدت فيها شروط الإحصان[٢]، وإن لم يكن دخل بها؛ فالجلد.

وقال أبو حنيفة: إذا نكلت وجب عليها الحبس حتّى تُلاعِن[٣]؛ وحجّته قوله ﷺ: (لا يَحِلُّ دَمُ امرئٍ مسلمٍ إلاّ بإحدى ثلاث: زنى بعد إحصانٍ، أو كفرٌ بعد إيمانٍ، أو قَتْلُ نفسٍ بغير نفسٍ)[٤]، وأيضاً فإنّ سفك الدّم بالنّكول حكم ترده الأصول؛ فإنّه إذا كان كثيرٌ من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنّكول؛ فكان بالحري أن لا يجب بذلك سفك الدّماء، وبالجملة **فقاعدة الدّماء مبناها في الشّرع على أنّها لا تُرَاقُ إلاّ بالبيّنة العادلة، أو بالاعتراف**، ومن الواجب ألاّ تخصّص هذه القاعدة

=

الباري ٩/٣٤٩، و٣٧٣.

(١) انظر: رسالة القيرواني ص ٢٠٤، والمعونة ٢/٩٠١-٩٠٢، والتّمهيد ١١/٢١٥، و٢٣٢، و٢٣٤، والقوانين الفقهية ص ١٦٢، وشرح زورق٢/٨٠، والفواكه الدّواني ٢/٥٦، ومختصر المزني ص ٢٨٣، والمهذّب ٣/١٥٧-١٥٨، وتكملة المجموع ١٩/١٤٥-١٤٨، والمغني ١١/١٣٦، و١٨٨.

(٢) الإحصان يكون بالتّزويج وبالإسلام وبالعفاف وبالحرية، ويكون بالبكارة.
انظر: غرر المقالة ص٢٠٤.

(٣) وهو المذهب عند الحنابلة، واختيار ابن رشد.
انظر: أحكام الجصاص ٥/١٤٧، وبدائع الصّنائع ٣/٣٧٧-٣٧٩، و٥/٣٤٦، والهداية ٢/٢٣-٢٤، وبداية المجتهد ٣/٢٢٥، مختصر الخرقي مع المغني ١١/١٨٨-١٩٠، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٣/٤١٧-٤١٩، و٤٢٦.

(٤) أخرج الشّيخان نحوه من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وتقدّم في القاعدة [١]، الدّليل (٢) من أدلّة حرمة النّفس.

بالاسم المشترك»[١].

وذكر القاعدة الثّانية دليلاً للقول النّافي لوجوب الحكم بالقسامة؛ حيث قال: «وعمدة الفريق النّافي لوجوب الحكم بها[٢]؛ أنّ القسامة مخالفة لأصول الشّرع المجمع على صحّتها؛ فمنها: أنّ الأصل في الشّرع ألاّ يحلف أحدٌ إلاّ على ما علم قطعاً أو شَاهَدَ حِسّاً، وإذا كان ذلك كذلك؛ فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل، بل قد يكونون في بلدٍ والقتل في بلد آخر...، قالوا: ومنها: أنّ من **الأصول أنّ الأيْمَان ليس لها تأثير في إشاطة الدِّماء**»[٣].

توثيق القاعدة:

هذه قاعدةٌ جليلةٌ شائعةٌ مشهورةٌ بين الفقهاء وعلماء القواعد الفقهية، مطرّدةٌ في باب الحدود والقصاص. وقد ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في أحكام القرآن: «لا يجوز إيجاب الحدّ عليها بترك اللّعان؛ لأنّه ليس ببيِّنةٍ ولا إقرار، وقال النّبيّ ﷺ : (لا يَحلّ دم امرئٍ مسلمٍ إلاّ بإحدى ثلاثٍ: زنا بعد إحصان، وكفر بعد إيمان، وقتل نفسٍ بغير نفسٍ)؛ فنفى وجوب القتل إلاّ بما ذكر، والنّكول عن اللّعان خارجٌ عن ذلك؛ فلا يجب رجمها، وإذا لم يجب الرّجم إذا كانت محصنةً، لم يجب الجلد في غير

---

(١) بداية المجتهد ٣/٢٢٤-٢٢٥.

(٢) تقدّم في مطلع القاعدة [٦٠]، أنّ القول بوجوب الحكم بالقسامة مذهب جمهور فقهاء الأمصار. وانظر: أعلام الموقّعين ص ٨٧.

(٣) بداية المجتهد ٤/٣٥٩-٣٦٠.

المحصن... ولا خلاف أنّ الدّم لا يستحقّ بالنّكول في سائر الدّعاوى وكذلك سائر الحدود؛ فكان في اللّعان أَوْلَى)).

ثم قال: ((...فلما لم يكن في ذكر قذف الزّوج وإيجاب اللّعان ما يوجب استحقاق الحدّ على المرأة، لم يجز أن يكون هو المراد بالعذاب، وإذا كان ذلك كذلك، وكانت الأيمان قد تكون حقّاً للمُدَّعِي حتّى يحبس من أجل النّكول عنها، وهي القسامة متَى نكلوا عن الأيمان فيها حبسوا، كذلك حبس النّاكل عن اللّعان أَوْلَى من إيجاب الحدّ عليه؛ لأنّه ليس في الأصول إيجاب الحدّ بالنّكول، وفيه إيجاب الحبس به))[١].

ما جاء في بدائع الصّنائع: ((ولنا قوله -تعالى-: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾[٢]، أي: فليشهد أحدهم أربعَ شهادات بالله؛ جعل -سبحانه وتعالى- موجب قذف الزّوجات اللّعان فَمَنْ أوجب الحدّ فقد خالف النّصّ؛ ولأنّ الحدّ إنّما يجب لظهور كَذِبِهِ في القذف وبالامتناع من اللّعان لا يظهر كذبه؛ إذ ليس كلّ مَنِ امتنع من الشّهادة أو اليمين يظهر كذبه، بل يحتمل أنّه امتنع منه صوناً لنفسه عن اللّعن والغضب، والحدّ لا يجب مع الشّبهة فكيف يجب مع الاحتمال، ولأنّ الاحتمال من اليمين بدلٌ وإباحةٌ، والإباحة لا تجري في الحدود))[٣]، وذلك أنّ الحنفية يرون أنّ الأصل في اللّعان شهاداتٌ مؤكَّداتٌ بالأيمان، مقرونةٌ باللّعن، قائمٌ مقام حدّ القذف في حقّ

---

(١) أحكام الجصاص ١٤٨/٥-١٤٩.

(٢) سورة النّور، الآية: ٦.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٧٨/٣-٣٧٩.

الزّوج، ومقام حدّ الزّنى في حقّ المرأة[١].

وفيه: «ومنها–أي: من شروط وجوب اليمين–أن لا يكون الْمُدَّعَى حقّاً لله ﷻ خالصاً؛ فلا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقّاً لله ﷻ؛ كحدّ الزّنى والسّرقة والشّرب؛ لأنّ الاستحلاف لأجل النّكول، ولا يقضى بالنّكول في الحدود الخالصة... وكذا لا يمين في اللّعان؛ لأنّه جار مجرى الحدّ»[٢].

ما جاء في الرّسالة الفقهية: «ولا تُقْتَلُ نَفْسٌ بِنَفْسٍ إلاّ بِبَيِّنةٍ عادلةٍ أو باعترافٍ وبالقسامة إذا وجبت»[٣].

ما جاء في التّمهيد: «في هذا الحديث[٤] النّهي عن قتل مَنْ هذه حاله تعظيماً للدّم، وخوفاً من التّطرّق إلى إراقة دماء المسلمين بغير ما أمرنا الله به من البيّنات، أو الإقرار الذي يقام عليه الحد»[٥].

ما جاء في الاستذكار: «والأصل المجتمع عليه أنّ الدِّماءَ الممنوعَ منها بالكتاب والسّنة لا يَنْبَغِي أن يُراقَ شيءٌ منها ولا يُستباح إلاّ بيقينٍ، واليقين: الشّهادة القاطعة أو الإقرار الذي يقيم عليه صاحبه، فإنْ لم يكن ذلك؛ فلأنْ يُخطئ الإمام في العفو خيرٌ له من أنْ يُخطئ في العقوبة»[٦].

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ١٣٥/٥-١٣٦، والهداية ٢٣/٢، وفتح الباري ٣٥٤/٩.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٣٣٩/٥، و٣٤٦.

(٣) رسالة القيرواني ص ٢٣٤، وانظر: الفواكه الدّواني ١٩٤/٢.

(٤) حديث أبي هريرة ﷺ؛ أنّ سعد بن عُبادة الأنصاري قال: يا رسول الله! أَرَيْتَ الرَّجلَ يَجدُ مع امرأته رجلاً أَيَقْتُلُهُ؟ قال رسول الله ﷺ: «لا». أخرجه مسلم في صحيحه ١٣٥/٢، كتاب اللّعان، برقم: (١٤٩٨).

(٥) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٩٩/١٣.

(٦) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٥١٩/٦.

ما جاء في المنتقى: «...وأمّا القتل فلا يُستَباحُ إلاّ ببَيِّنةٍ لما ورد الشّرعُ به مِنْ حقن الدِّماء»[١].

ما جاء في شرح الرّسالة: «طريق ثبوت الدّم ثلاثة: بيّنةٌ عادلَةٌ تشهد بالقول المستوفى، أو اعترافٌ يشهد به عدلان على عاقلٍ بالغٍ غير مكرَهٍ، ولا مُزَلَّل الذّهن... والقسامة»[٢].

ما جاء في الفواكه الدّواني: «-التّنبيه- الثّالث: تلخّص ممّا مرّ أنّالقصاص يثبت بواحدٍ من ثلاثة أشياء: البيِّنة العادلة، واعتراف الجاني على نفسه طائعاً، وهذا لا خلاف فيهما، والثّالث: القسامة وفيها خلافٌ؛ الذي اختاره مالك أنّه يثبت بها القَوَد في العمد، والدِّية في الخطأ»[٣].

ما جاء في المنهاج: «لا يُقام الحدّ بمجرّد الشّياع والقرائن، بل لا بدّ من بيِّنةٍ أو اعتراف»[٤]؛ حيث حصر موجبات الحدّ في الأمرين، ولم يذكر اللِّعان.

ما جاء في المغني: «إنّ الحدّ على مَنْ زنَى وقد أحصن، إذا كانت بيِّنةٌ، أو كان الحملُ، أو الاعتراف؛ فذكر مُوجبَات الحدِّ ولم يذكر اللّعان»[٥].

ما جاء في شرح منتهى الإرادات: «ويُستَحلف مُنْكرٌ، توجّهت عليه اليمين في دعوىً صحيحةٍ في كلّ حقٍّ آدميٍّ ... غير نكاحٍ ... ونسبٍ وقذفٍ وقصاصٍ في غير قسامةٍ؛ فلا يَمين في واحدٍ من هذه العشرة؛ لأن

---

(١) المنتقى للباجي ٣٢٢/٧.

(٢) شرح زروق ٢٢١/٢-٢٢٢.

(٣) الفواكه الدّواني للنّفراوي ١٩٤/٢.

(٤) شرح صحيح مسلم للنّووي ٣٦٩/١٠.

(٥) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٨٩/١١.

لا يُقضَى فيها بالنّكول»[١].

علاقة القاعدة بغيرها:

هذه القاعدة عميقةُ الصّلة بقاعدة: (البيّنة على الْمدَّعي واليمين على مَنْ أَنْكَرَ)، وهي علاقة فرعٍ لأصله؛ فإنّ قاعدة البيّنة على الْمُدَّعِي عامّة في ألاَّ تُقبَلُ أية دعوىً صحيحة إلاّ بالبيّنة، قال في الْمُقدِّمات: «إنّ قول النّبيّ ﷺ: البيّنة علَى مَنِ ادَّعى، واليمين على مَنْ أَنْكَر، عامٌّ في جميع الدّعاوى من الأموال والدّماء وغير ذلك، وخاصٌّ فيما تَجَرَّدت دعواه من الْمُتَدَاعيَين عن سبب يدلّ على صدقه والله أعلم»[٢]؛ فتفرّعت منها هذه القاعدة؛ مؤكِّدةً لمعنًاها، وأنّها لا تُقْبَلُ أيّة دعوى في القتل إلاّ بالبيّنة، ولا تراق الدّماء إلا بها؛ فإنّ الحدود أجمعت الأمّة على أنّها لا تثبت بالأيمان، وكذلك كلّ ما لا يثبت إلاّ بشاهدين عدلين[٣].

شرح مفردات القاعدة:

الدّم: أي: الأنفس، جرت عادة الفقهاء على إطلاق الدّم في باب القضاء والقصاص والحدود ويقصدون به النّفس، كما في حديث: «دِمَاءَ قومٍ»[٤].

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦/٧٠٨.

(٢) المقدّمات ٢/١٩٢. وانظر: التّمهيد ١٤/٢٥٧، والْمعلم بفوائد مسلم ٢/٤٠١، وزاد المعاد ٥/٣٦١-٣٦٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٣٦، و٣٣٩-٣٤١، و٣٤٦، والهداية ٣/١٥٧، و١٥٩-١٦٠، ورسالة القيرواني ص٢٤٥، والاستذكار ٦/١٢٠، وبداية المجتهد ٤/٣٥-٣٦١، والمغني ١٤/٢٣٦-٢٣٨، والطّرق الحكمية ص ١٣٤-١٣٥.

(٤) تقدّم تخريجه من أدلّة القاعدة [٥٩]. وانظر: التّمهيد ١٤/٢٦٨، والنّهاية ٢/١٣٦، =

العادلة: صفّة للبيّنة، والعدالة هي: صفة توجب مراعاتها الاحتراز عمّا يُخِلُّ بالمروءة ظاهراً[(١)].

الاعتراف: أي: الإقرار، اعترف بالشّيء؛ أي: أَقَرَّ بِحَقٍّ على نفسه لآخر[(٢)].

إشاطة الدّماء: أي: إبطالها وإسقاطها[(٣)].

معنَى القاعدة الإجمالي:

إنّ الشّارع الحكيم حفظ النّفسَ وجعل حفظها في طليعة الضّروريات الخمس التي أمر الشّرع بحفظها، وهي: حفظ الدِّين والنّفس والنّسل والمال والعقل، وقيل:إنّها مراعاة في كلّ ملّة[(٤)]، وهذه الضّروريات هي التي لا بدّ منها في قيام مصالح الدِّين والدُّنيا؛ بحيث إذا فقدت لم تجرِ مصالح الدُّنيا على استقامة، بل على فساد وتهارجٍ وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النّجاة والنّعيم، وذلك لأنّ الضّروري أصلٌ لما سواه من الحاجي والتّكميلي، واختلال الضّروري يلزم منه اختلاف الباقين بإطلاق، ولا يلزم من اختلال الباقين اختلال الضّروري[(٥)].

=

وشرح مسلم ١١/٢٣٠، وفتح الباري ١٢/٢٤٧.

(١) انظر: المصباح المنير ص ١٥١، وشرح منتهى الإرادات ٦/٥٢٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٧٦.

(٢) انظر: المصباح المنير ص ١٥٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٦٤.

(٣) انظر: المغني ١٢/٢٠٤، والمصباح المنير ص ١٢٦.

(٤) انظر: الموافقات ١/٢٦، و٢/٨، وشرحي ابن ناجي وزروق ٢/٢٢١، والفواكه الدّواني ٢/١٩٤.

(٥) انظر: الموافقات ٢/٧، و١٣، ومقاصد ابن عاشور ص ٣٠٠.

والحفظ لها يكون بأمرين[١]:

أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبّت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

والثّاني:ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقّع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم.

فَحَفظَ الشّارعُ النّفسَ بالأمر بإيجاد البشرية وبالتّكاثر؛ كما في قول النّبيّ ﷺ : «تَزَوَّجُوا الودودَ الولودَ فإنِّي مُكَاثِرٌ بكم الأمم»[٢].

كما حَفِظَ الشّارعُ النّفسَ بالأمر على المحافظة على استمرارية وجودها وحفظها من التّلف أفراداً وعموماً، بأحد أمرين:

١-حفْظُها عن التّلف وذلك بالوقاية قبل وقوعه، مثل مقاومة الأمراض السّارية الفتّاكة، وعدم تعرّضها على التّهلكة، وقد منع عمر بن الخطّاب رضي الله عنه الجيشَ من دخول الشّام لأجل طاعون[٣] ....

---

(١) انظر: الموافقات ٢/٧، والفواكه الدّواني ٢/١٩٤، ومقاصد ابن عاشور ص ٣٠٢.

(٢) من حديث مَعْقِل بن يسار، أخرجه أبو داود في سننه ٢/٥٤٢، كتاب النّكاح، باب النّهي عن تزويج مَنْ لَم يلد من النّساء، برقم: (٢٠٥٠)، والحاكم في مستدركه ٢/١٧٦. وقال: «هذا حديثٌ صحيحُ الإسناد ولم يخرجاه بهذه السّياقة»، وصحّحه الألباني في:صحيح أبي داود(١٨٠٥)،والجامع الصّغير(٥٢٥١)، ومشكاة المصابيح (٣٠٩١)، وصحيح التّرغيب (١٩٢١)، والسّلسة الصّحيحة (٢٣٨٣).

(٣) الطّاعون هو: قروح تَخرج في الجسد؛ فتكون في المرافق أو الآباط أو الأيدي أو الأصابع، وسائر البدن، ويكون معه ورم وألم شديد، وتخرج تلك القروح مع لهيب ويسود ما حواليه، أو يخضر أو يحمرّ حمرة بنفسجية كدرة، ويحصل معه خفقان القلب والقيء. سُمِّي بذلك لعموم مصابه وسرعة قتله. عافانا الله ووقانا منه. انظر: شرح مسلم ١٤/٤٥٢، وفتح الباري ١٠/١٩٠.

عَمْوَاس[١]؛ عملاً بقوله ﷺ : «إذا سمعتم بالطّاعون بأرض؛ فلا تَقْدمُوا عليه، وإذا وقع بأرضٍ أنتم بها؛ فلا تَخرُجوا فراراً منه»[٢]، فهذا فيه ترك الإلقاء بالنّفس إلى التّهلكة، وسدّ الذّريعة، وأنّ الوقاية وهي اجتناب أسباب الهلاك؛ خيرٌ من العلاج[٣].

٢-بالنّهي عن الاعتداء عليها بقتلٍ أو بغيره، وجعل قتلها موجباً للقصاص، متوعِّداً عليه، ومن كبائر الذّنوب المقرونة بالشّرك، كما في قوله -تعالى-: ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾[٤]، وجعل القصاص حياةً، كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾[٥].

فالشّارعُ حَفِظَ النّفوسَ بالقصاص كما حفظها عن التّلف قَبْلَ الوقوع، وفي هذا تعقيبٌ على قول ابن[٦] عاشور: «وليس المرادُ حفظها بالقصاص كما مثّل لها الفقهاء، بل نجد أنّ القصاص هو أضعف أنواع

(١) عمواس قرية معروفة بالشّام، سُمي بذلك؛ لأنّه عمّ وواسى.
انظر: شرح مسلم ٤٢٥/١٤، وفتح الباري ١٩٥/١٠.

(٢) متّفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه ١٨٩/١٠، كتاب الطّبّ، باب ما يُذكَر في الطّاعون، برقم: (٥٥٢٠)، ومسلم في صحيحه ١٧٤١/٤، كتاب السّلام، باب الطّاعون... برقم: (٢٢١٩).

(٣) انظر:الفواكه الدّواني١٩٤/٢، وشرح مسلم٤٣٣/١٤، وفتح الباري١٩٧/١٠.

(٤) سورة النّساء، الآية: ٩٣.

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٧٩.

(٦) هو: الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور، المتوفّى سنة: ١٣٩٣هـ، وله مؤلّفاتٌ كثيرةٌ منها: مقاصد الشّريعة. انظر: مقدّمة محقّقه ص ١٣، و٢٩.

حفظ النّفوس؛ لأنّه تداركُ بعض الفوات، بل الحفظُ أهمُّهُ حفظُها عن التّلف قبل وقوعه»[١].

هذا الكلام غير مُسَلَّم له من كلّ وجه؛ أوّلاً لنصّ الآية السّابقة، وقد نصّ الله -تعالى- على أنّ القصاص حياةٌ وإبقاء شاملٌ عميمٌ، ووجه ذلك أنّ مَنْ يريد أن يقتل يذكر أنّه سيقتل؛ فيترك القتل؛ فيحيى هو، ويَحيا مَنْ أرادَ قتله، ويَحيا بحياتهما خلقٌ كثيرٌ، وعددٌ كبيرٌ، ولا تقلّ أهمية القصاص في حفظ النّفوس عن أهمية حفظها عن التّلف قبل الوقوع، بل الوجه المذكور يفيد أنّ القصاص أيضاً وجهٌ من أوجه حفظ النّفوس عن التّلف قبل الوقوع؛ وتنكير (الحياة) في الآية يفيد التّعظيم والتّكثير[٢].

ويُلْحَقُ بحفْظ النّفوس من الإتلاف؛ حفظُ بعض أطراف الجسد من الإتلاف، وهي الأطراف التي يُنَزَّلُ إتلافها مَنْزلةَ إتلاف النّفس في انعدام المنفعة بتلك النّفس؛ مثل الأطراف التي جُعِلَت في إتلافها خطأً الدّية كاملة؛ كاليدين والعينين[٣].

إذا تقرّر هذا، وثبت أنّ الشّريعة حفظت النّفوس بالأمر بالتّكاثر، وحفظها عن التّلف، بالنّهي عن الاعتداء عليها، والمراد: النّفوس المحترمة في نظر الشّريعة، وهي الْمُعَبَّر عنها بالمعصومة الدّم، وفيها قول النّبيّ ﷺ: «لا يحلّ دم امرئ مسلمٍ يَشْهَدُ أَنْ لا إِلَهَ إلاَّ الله، وأنّي رسولُ الله إلاّ بإحدَى ثلاثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِي، والنَّفْسُ بالنَّفْسِ، والتّارك لدينِهِ، الْمُفَارِقُ

---

(١) مقاصد الشّريعة الإسلامية ص ٣٠٣.

(٢) انظر: المعونة ١٢١١/٢، والتّمهيد ٢٦٨/١٤، وتفسير السّعدي ص ٨٥، وأيسر التّفاسير ١٥٥/١.

(٣) انظر: مقاصد ابن عاشور ص ٣٠٣.

للجمَاعة»[١].

وهذا الحديث يفيد أنّ الشّريعة حصرت أسباب قتل النّفس المعصومة في هذه الخصال الثّلاث، لا غير؛ لأنّ المراد: لا يحلّ إراقة دمه كلّه، وهو كناية عن قتله ولو لم يرق دمه؛ فَمَنْ قتل معصوماً عمداً ظلماً عدواناً بغير حقٍّ قُتِلَ بشرطه،ومَنْ زَنى وهو ثيِّبٌ محصنٌ يحلّ قتله بالرّجم، ومَنْ ترك دينَه وفارق جماعة وارتدّ عن الإسلام فدمُهُ مباحٌ إجماعاً إن كان رجلاً، وعلى الرّاجح إن كانت امرأةً.

وما ذُكرَ من أسباب غير هذه، ممّا يفيد ظاهرها زيادة الأسباب المبيحة للقتل على ما ذُكِرَ؛ فهي راجعةٌ إليها، لا تخرج عن هذه الثّلاث الخصال[٢].

فهذه هي القاعدة العامّة، وبقي تحقيق مناطها؛ أعني: إثبات الوسائل التي يتوصّل بها الإمام أو الحاكم والقاضي إلى إثبات سبب من هذه الأسباب؛كيف يُعْرَفُ أنّ فلاناً ثيِّباً زنى، وأنّ فلاناً قتل نفساً، وأنّ هذا خرج عن دينه؟

وقد ذهب أهل العلم إلى أنّه لا يثبت سببٌ من الأسباب المبيحة للدّم والقتل المذكورة إلاّ ببَيِّنة عادلة، أو باعتراف، بلا خلاف في الاثنين، أو بالقسامة إذا وجبت على الاختلاف وهو موضوع القاعدة[٣].

---

(١) تقدّم تخريجه في القاعدة [١]، من أدلّة حرمة النّفس.

(٢) انظر: التّمهيد ١٠٣/١٣، وعارضة الأحوذي ١٧١/٦، وشرح مسلم ١٦٧/١١، وفتح الباري ٢٠٩/١٢-٢١٣، و٢٥٣.

(٣) انظر: رسالة القيرواني ص ٢٣٤، والفواكه الدّواني ١٩٤/٢، وشرح مسلم ١٩٣/١١، والمغني ١٣٦/١١.

إذن؛ هذه قاعدةٌ قضائيةٌ جنائيةٌ جليلةٌ من قواعد أحكام الشّـــرع، اعتَنَى بها العلماء قديماً وحديثاً، تبحث عن وسائلَ موصلةٍ إلى تحقيق سببٍ من أسباب القتل وإثباته، وهل اليَمينُ لها صلاحيةٌ لإثبات القتل كسابقتيها أم لا؟ وسيأتي بيان ذلك عند فقرة موقف المذاهب الفقهية من القاعدة إن شاء الله، وقد سبق في قاعدة: [٦٠، و٦١] بيان بعض موجَب الـــيمين، وهو إنكار الْمُدعى عليه وإبطالها، وتبرئة ذمّته، واستحقاق المدّعِي حقه في حالة عدم وجود بينة ونكول المدعى عليه.

من أدلّة القاعدة:

دلّت أدلةٌ من السّنة والمعقول على صحّة القاعدة وحجّيّتها منها:

١-قوله ﷺ : «البيِّنَة وإلاّ حدٌّ في ظهرك»(١).

ووجه الاستدلال منه؛ حيث حصر وسيلة إثبات دعوى الرّجم على البيِّنة ليس غير، والبيّنة هنا بالإجماع هي أربعة شهودٍ ذكورٍ عدولٍ، فلـــو كان لليمين له تأثير في ذلك لذكره(٢).

٢-قوله ﷺ : «لو رجمتُ أحداً بغير بيِّنةٍ رجمتُ هذه»(٣).

ووجه الاستدلال منه ظاهرٌ؛ حيث أفاد الحديث أنّ الرّجم لا يثبت

---

(١) أخرجه-من حديث ابن عبّاس في قصة هلال بن أمية رضي الله عنهم-البخاري في صحيحه ٣١٣/٨، كتاب تفسير القرآن، باب: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾[النور: ٨]، برقم:(٤٥٦٢).

(٢) انظر: شرح مسلم ١٩٢/١١، وفتح الباري ٣١٤/٨.

(٣) متّفق عليه؛ أخرجه من حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما البخاري في صحيحه ٣٦٣/٩، كتاب الطّلاق، باب قول النّبيّ ﷺ : «لو كنتُ راجماً بغير بيِّنةٍ»، برقم: (٥١١٧)، ومسلم في صحيحه ١١٣٤/٢، كتاب اللّعان، برقم: (١٤٩٧).

إلاّ بالبيّنة[١].

٣-وقول عمر بن الخطاب ﷺ: ((...وإنّ الرَّجْمَ في كتاب الله حَقٌّ على مَنْ زَنَى إذا أَحْصَنَ مِنَ الرِّجَال والنِّساءِ، إذا قامت البَيِّنَـةُ أو كـان الْحَبْلُ أو الاعتراف))[٢].

ووجه الاستدلال منه؛ حيث ذكر مُوجِبات الْحَدِّ، ولم يذكر اليمين[٣].

٤-ولأنّ الاستحلاف إنّما هو لأجل النّكول، ولا يُقْضَى بالنّكول في الحدود الخالصة؛ لأنّه بذلٌ -أي: ترك المنع- والنّفس لا تحتمل البذل والإباحـة بحال، ولأنّ النّكول حجّةٌ في الأموال دون الحدود الخالصة[٤].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لا خلاف بين أهل العلم كما سبق أنّه لا يثبت سببٌ من الأسباب المبيحة للدّم والقتل -التي هي: قَتْلُ النّفس المعصومة، وزنى المحصن، وترك الدِّين- إلاّ بِبَيِّنةٍ عادلة، أو باعترافٍ، وإنّما الخلاف في القسامة إذا وجبت هل يَجب بها القَوَدُ أم لا؟[٥].

وهذه القاعدة -كما سبق في مطلع توثيقها- قضائيةٌ جليلةٌ شائعةٌ، مطّردةٌ في كتب الفقه فيما يتعلّق بالحدود والقصاص، واتّفقـت عليهـا

---

(١) انظر: فتح الباري ٣٦٥/٩.

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة [٥٢]، عند بيان حدّ الزّنا، واللّفظ هنا لمسلم.

(٣) انظر: شرح مسلم ١٩٢/١١-١٩٣، وفتح البـاري ١٤٥/١٢-١٤٦، والمغنـي ١٨٩/١١.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٩/٥، و٣٤٦، والهداية ١٥٨/٣، وفتح الباري ٣٦٥/٩، والمغني ٢٣٥/١٤.

(٥) انظر: رسالة القيرواني ص٢٣٤، والفواكه الدّواني ١٩٤/٢، وشرح مسلم ١٩٣/١١.

المذاهب الفقهية في الجملة، إلاّ فيما يرجع إلى بعض تفاصيلها؛ حيث يظهر من خلال النّقولات عن أئمة كلّ مذهبٍ كما سبق عند توثيق القاعدة؛ أنّ الأسباب المبيحة للقتل لا يتوصل إليها إلاّ بِبَيِّنةٍ عادلةٍ أو اعترافٍ وإقرارٍ، أو القسامة على الصّحيح[1].

وأمّا بعض تفاصيلها التي وقع فيها اختلاف الفقهاء فمجملةٌ في مسألتَين: مسألة اللّعان، ومسألة القسامة، وذلك أنّهم اختلفوا في وجوب حدّ الرّجم على المرأة إذا هي امتنعت عن الالتعان، كما اختلفوا في وجوب القَوَد بالقسامة.

وسبب اختلافهم فيهما أَهُوَ عموم القاعدة مخصوصٌ أم لا؟ أعني: أيُستَثْنَى ما استثناه نصٌّ شرعيٌّ أم لا؟ فَمَنْ قال القاعدة عامة ويُستَثنى منها ما ثبت بنصٍّ شرعيٍّ قال بوجوب حدّ الرّجم على المرأة إذا هي امتنعت عن الالتعان، وبأنّ القسامة توجب القَوَد، ومَنْ لم يرَ استثناء شيءٍ منها قال لا يثبت حدّ الرّجم ولا القَوَد بالقسامة، وفيما يلي مذاهب العلماء في المسألتَين:

المسألة الأولى: مسألة وجوب حدّ الرّجم على المرأة إذا هي امتنعت عن الالتعان:

لم أطلع على خلافٍ بين أهل العلم في مشروعية اللّعان، وعلى أنّه لا يجوز مع عدم التّحقّق، وأنّه إذا التعن الزّوجان سقط حدّ القذف عن الزّوج وسقط حدّ الزّنا عنها وفرّق بينما[2]، واختلفوا في نكول أحدهما،

---

(١) انظر: المراجع السّابقة عند توثيق القاعدة.

(٢) انظر: معالم السّنن ٦٨٧/٢، والتّمهيد ٢٣٢/١١، وفتح الباري ٣٧٣/٩، والطّرق الحكمية ص ١٣٤-١٣٥، وتفسير السّعديّ ص ٥٦٢.

وفيما يلي مذاهبهم في لازم امتناعها عن اللِّعان.

المذهب الأوّل: أنّها تُحَدُّ وَحَدُّها إمّا الرّجمُ إن كانت محصنةً، وإمّا الجلد إن كانت غير محصنةٍ. وبه قال المالكية والشّافعية والظّاهرية والحنابلة في قولٍ[1].

المذهب الثّاني: إذا نكلت وجب عليها الحبس حتّى تُلاعِن أو تقرّ بالزّنا فتصدّقه، ولا يجب عليها حدّ الرّجم. وبه قال الحنفية والحنابلة في المذهب[2].

مِنْ أدلّة المذهب الأوّل القاضي بوجوب حدّ الرّجم بنكول المرأة:

١-أنّ اللّعان يَمينٌ؛ دلّ على ذلك قوله ﷺ : «لولا الأيْمان لكان لي ولها شأنٌ»[3].

٢-ولأنّ اليمين ما دلّ على حثٍّ أو منعٍ أو تحقيق خبرٍ وهو هنا كذلك؛ فإذا نكل أحد الزّوجين قام نكوله ويَمين الآخر مقام البيّنة؛ ولـــذلك

---

(١) انظر: رسالة القيرواني ص ٢٠٤، والمعونة ٢/٩٠١-٩٠٢، والتّمهيد ١١/٢١٥، و٢٣٢، و٢٣٤، والاستذكار ٥/٩٦، والمنتقى ٥/٣٢٣، والقوانين الفقهيـــة ص ١٦٢، وشرح زورق ٢/٨٠، والفواكه الدّواني ٢/٥٦، ومختصر المزني ص ٢٨٣، والمهذّب ٣/١٥٧-١٥٨، وتكملة المجموع ١٩/١٤٥-١٤٨، والمغني ١١/١٣٦، و١٨٨، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٣/٤٢٦، والمحلّى ٩/٣٣١-٣٣٣.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٥/١٤٧، وبدائع الصّـــنائع ٣/٣٧٧-٣٧٩، و٥/٣٤٦، والهداية ٢/٢٣-٢٤، مختصر الخرقي مع المغنـــي ١١/١٨٨-١٩٠، و١٤/٢٧٥-٢٧٦، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٣/٤٢٦، ومنتهى الإرادات ٢/١٩٨، وشرح منتهى الإرادات ٥/٥٧١، و٦/٧٠٨.

(٣) من حديث ابن عبّاس في قصّة هلال بن أمية رضي الله عنهم المتقدّم تخريجه قريباً.

كُرِّرَت أَيْمان اللّعان؛ لأنّها أقيمت مقام أربعة شهود في غيره ليقام عليها الحدّ[١].

٣-ولأنّ اللّعان إنّما شُرِعَ لدفع حدّ القذف عن الزّوج، بدليل الحديث السّابق: «البيِّنة وإلاّ حدٌّ في ظهرك»، فإذا التعن هو ثبت أنّ رميَهُ ليس مُجرّد قذفٍ، وأنّه حاصلٌ ما رماها به، ويأتِي دور الزّوجة بدرء العذاب عن نفسها؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾[٢]، فالآية تفيد بظاهرها أنّ العذاب -وهو حدّ الزّنا- ثابتٌ لها بلعان الزّوج، ولا يُدْرَأ عنها إلاّ بلِعَانها، فإن الْتَعَنَت سقط الحدّ عنها، وإن امتنعت عن اللّعان فالحدّ ثابتٌ في حقّها بلعانه[٣].

وأجيب عنه بأنّ دفع العذاب يقتضي توجّه العذاب لا وجوبه؛لأنّه حينئذٍ يكون رفعاً لا دفعاً، على أنّه يحتمل أن يكون المراد من العذاب هو الحبس؛ إذ الحبس يُسَمَّى عذاباً[٤].

لكن الصّحيح أنّ العذاب في الآية هو الحدّ، قال في تيسير الكريم: «فلولا أنّ العذاب، وهو الحدّ قد وجب بِلعَانه، لم يكن لِعانها درءاً له»[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٨/٣، وفتح الباري ٣٥٤/٩.
(٢) سورة النّور، الآية: ٨.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٨/٣، والمعونة ٩٠٢/٢، والاستذكار ٩٦/٥، والمهذّب ١٥٦/٣، وفتح الباري ٣٥٤/٩، و٣٧٢-٣٧٣، والمحلّى ٣٣٣/٩.
(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٩/٣.
(٥) تفسير السّعديّ ص ٥٦٢، وانظر: تفسير القرطبي ١٧١/١٢، و١٧٣.

٤-ولأنّ الظّاهر أنّ الزّوج لا يلاعن إلاّ وأن يكون صادقاً في قذفه؛ فيجب عليها الحدّ إلاّ أنَّ لها أن تُخَلِّصَ نفسها عنه باللعان؛ لأنّها إذا لاعنت وقع التّعارض فلا يظهر صدق الزّوج في القذف فلا يقام عليها الحدّ[١].

٥-ولأنّ أَيْمان اللعان شُرِعَتْ أيضاً لدفع حدّ الرّجم عن المرأة، فمتَى التعنت سقط عنها الرّجم حتّى لو كانت كاذبةً في أيْمانها؛ كما في قوله ﷺ: «لولا ما مضَى من كتاب الله لكان لي ولها شأنٌ»[٢].

وجه الاستدلال منه؛ حيث إنّه لولا ما سبق من حكم الله-وهو أنّ اللّعان يدفع الحدّ عن المرأة-؛ لأقمتُ عليها الحدّ من أجل الشّبه الظّاهر بالذي رُمِيَت به[٣].

فإذا كانت أيْمانها مؤثِّرةً في درء العذاب الذي هو الرّجم عنها، وهي كاذبةٌ؛ فنكولها عنها دليلٌ قويٌّ على صدق الرّجل، وكافٍ لإقامة حدّ الرّجم عليها[٤].

٦-ما ورد في حديث ابن عبّاس السّابق؛ أنّ امرأة هلال بن أمية تلكّأَتْ ونكصت حتّى ظنّوا أنّها ترجعُ ثم قالت: لا أفضح قومِي سائرَ اليوم؛ فمضت.

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على أنّه لو لم تُرْجَمُ بنكولها لما مضت في يَمينها، و بخاصة أنّ ما رمَى به زوجها صحيحٌ بدليل قولها: لا أفضح قومِي سائرَ اليوم؛ إذ لو لم يكن ذلك صحيحاً لما صار فيه إفضاحٌ

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٧٨، والمهذّب ٣/١٥٦-١٥٧.

(٢) من حديث ابن عبّاس في قصّة هلال بن أمية رضي الله عنهم المتقدّم تخريجه قريباً.

(٣) انظر: التّمهيد١١/٢٣٦، وفتح الباري٩/٣٧٢-٣٧٣،والطّرق الحكمية ص١٤١.

(٤) انظر: فتح الباري ٨/٣١٣-٣١٥، و٩/٣٧٢-٣٧٣.

لقومها، ولسكتت، ولكن لعملها أنّ نكولها يثبت رجمها فمضت ودُرِئ عنها الرّجم، ويدلّ على كذبها أيضاً قوله ﷺ المتقدّم: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأنٌ»[١].

مِنْ أدلّة المذهب الثّاني القاضي بعدم وجوب حدّ الرّجم بنكول المرأة:

١- قوله ﷺ : «لا يحلّ دم امرئ مسلمٍ يَشْهَدُ أَنْ لا إِلَـهَ إلاَّ الله، وأنّي رسولُ الله إلاّ بإحدَى ثلاثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِي، والنَّفْسُ بالنَّفْسِ، والتّارك لدينه، الْمُفَارِقُ للجمَاعة».

ووجه الاستدلال منه؛ حيث لم يذكر منها الملاعنة إذا أبت من اللّعان[٢].

يُجاب عن استدلالهم بهذا الحديث؛ بأنّه في غير محلّ النّزاع؛ حيث إنّ مفاد الحديث بيان الأسباب المبيحة للدّم وموجبات القصاص أو الدّية، وموضوع القاعدة بيان وسائل تحقيق وإثبات كلّ سببٍ من الأسباب المبيحة فافترقا[٣].

٢- قوله ﷺ السّابق: «لو رجمتُ أحداً بغيرِ بيّنة لرجمتُ هذه»، قالوا: هذا يفيد أنّ نكول المرأة لا يوجب عليها الحدّ، لأنّ الحدود لا تثبت بالنّكول[٤].

وهذا دليلٌ عليهم لا لهم، كما سبق توجيه ذلك.

٣- أنّ اللّعان في الأزواج بدلٌ قام مقام حدّ القذف الواجب في الأجنبيات فلا يثبت حدّ الرّجم بالنّكول عنه؛ لأنّ الله -تعالى- إنّما جعل موجب قذف الزّوجات اللّعان فَمَنْ أوجب الحدّ فقد خالف النّصّ[٥].

---

(١) انظر: فتح الباري ٨/٣١٣، و٩/٣٧٢-٣٧٣، والمحلّى ٩/٣٣٤.

(٢) انظر: الاستذكار ٥/٩٦.

(٣) انظر: شرح مسلم ١١/١٦٦-١٦٧، وفتح الباري ١٢/٢١٠-٢١٣.

(٤) انظر: فتح الباري ٩/٣٦٥.

(٥) انظر:أحكام الجصاص٥/١٣٥،وبدائع الصّنائع٣/٣٧٧-٣٧٨،والهداية٢/٢٣-٢٤.

وأجيب عنه بأنّه ليس بحدّ؛ إذ لو كان حدّاً لما وجب على الزّوج إذا قذف امرأته الحرة الجلد إذا أكذب نفسه بعد اللّعان؛ إذ غير جائزٍ أن يجتمع حدّان بقذف واحد، وفي إيجاب حدّ القذف عليه عند إكذابه نفسه دليلٌ على أنّ اللّعان ليس بحدٍ[١].

٤-ولأنّ الحدّ إنّما يجب لظهور الكذب في القذف، وبالامتناع من اللّعان لا يظهر الكذب؛ إذ ليس كلُّ مَنْ امتنع من الشّهادة أو اليمين يظهر كَذْبُهُ فيه، بل يحتمل أنّه امتنع منه صوناً لنفسه عن اللّعان والغضب[٢].

أجيب عنه بأَنَّ أَيْمان اللّعان أقيمت مقام البيِّنة؛ بدليل أنّه تُخلِّص الزّوج من الحدّ؛ كما أنّه لو جاء بالبيّنة لدرأت عنه الحدّ؛ فقد قام اللّعان مقام البيّنة، ولأنّ بلعانها يظهر صدقها ويدفع عنها الرّجم؛ إذ الدرء هو الدّفع، فدلّ على أنّ الحدّ وجب عليها بلعانه ثم تدفع عن نفسها الحدَّ بلعانها[٣].

٥-ولأنّ الأصل أنّ الحدود الخالصة حقٌّ لله ﷻ؛ كحدّ الزّنى والسّرقة والشّرب لا يدخلها الاستحلاف؛ لأنّ الاستحلاف إنّما هو لأجل النّكول، ولا يقضى بالنّكول في الحدود الخالصة؛ لأنّه بذل والحدود لا تحتمل البذل ولا تثبت بدليلٍ فيه شُبْهَةٌ؛ فإذا قيل بأنّ اللّعان يَمينٌ فلا يثبت بالنّكول عنه الرّجم؛ لأنّ القياس أن لا يستحلف في النّفس؛ لأنّها لا تحتمل البذل والإباحة بحالٍ ولا يقضى فيها بالنّكول أصلاً

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ١٣٥/٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٨/٣، والمغني ١٨٨/١١، و٢٣٥/١٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٧٨/٣، وأحكام ابن العربي ٣٥٦/٣-٣٥٧، وتفسير القرطبي ١٧١/١٢، وشرح مسلم ٣٦٣/١٠.

فكان ينبغي أن لا يستحلف، إلاّ أنّه استحسن الاستحلاف فيها؛ لأنّ الشّرع ورد به في القسامة، وجعله حقّاً مقصوداً في نفسه تعظيماً لأمر الدّم وتفخيماً لشأنه؛ لكون اليمين الكاذبة مهلكةً؛فصار بالنّكول مانعاً لحقٍّ مقصودٍ مستحقّ عليه مقصوداً؛ فيحبس حتّى يقرّ أو يحلف[1].

ويجاب عنه بأنّ إيجاب الحدّ عليها إنّما هو بالنّكول زائد أيمان الزّوج؛ بدلالة ظاهر الآية: ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾[2].

٦- ولأنّه إمّا يَمينٌ وإمّا شهادةٌ وكلاهما لا يُثْبتُ له الحقَّ على غيره، ولا يجوز أن يَثبت بنكولها؛ لأنّ الحدّ لا يثبت بالنّكول؛ فإنّه يُدْرَأ بالشّبهات[3].

٧- ولأنّها لو أقرّت بلساها ثم رجعت لَم يجب عليها الحدُّ؛ فلأَنْ لا يَجِبَ بمُجرّد امتناعها من اليمين على براءها أولى[4].

ولعلّ الرّاجح هو المذهب القاضي بأنّ عموم القاعدة تُستثنَى منه مسألةُ اللّعان، وأنّ المرأة إذا لاعنت دُرِئ عنها العذاب وهو الرّجم، وإن امتنعت وجب عليها الرّجم؛ وذلك لقوّة أدلته وصراحته؛ لأنّ أَيْمان الرّجل يترتّب عليها أمران:

أحدهما: سقوطُ حدّ القذف عن الرّجل.

والثّاني: ثبوت العذاب وهو الرّجم على المرأة، ولو كان لا يَجب

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٣٩، و٣٤٦، والمغني ١٤/٢٣٥.

(٢) سورة النّور، الآية: ٨. وانظر: أحكام الجصاص ٥/١٤٩.

(٣) انظر: المغني ١١/١٨٨-١٨٩.

(٤) انظر: المغني ١١/١٨٩.

عليها الرّجم إذا امتنعت لما كان لقوله تعالى: ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾(١)، فائدةٌ، قال في تيسير الكريم الرّحمن: ((فلولا أنّ العذاب، وهو الحدّ قد وجب بلعانه، لم يكن لعانها دراءً له))(٢).

ومن أقوى أدلّته تلكّؤ امرأة هلال بن أمية، ثم مضيها بعد أن ظنّوا أنّها ستعترف، وما كان ذلك إلاّ لعلمها أنّ امتناعها من اليمين يثبت الرّجم عليها. والله -سبحانه تعالى- أعلم بالصّواب.

قال في التّمهيد: ((العجب من أبي حنيفة يقضي بالنّكول في الحقوق بين النّاس، ولا يرى ردّ اليمين، ولم يقل بالنّكول ههنا، والذي ذهب إليه أبو حنيفة والله أعلم- أنّه جَبُنَ عن إقامة الحدّ عليها بدعوى زوجها ويَمينه دون إقرارها أو بيّنة تقوم عليها ولم يقض بالنّكول؛ لأنّ الحدود تُدْرَأ بالشّبهات، ومثل هذا كلّه شبهةٌ درأ بها الحدّ عنها وحبسها حتّى تلتعن، وهذا قولٌ ضعيفٌ في النّظر مع مخالفته الجمهور والأصول، والله المستعان))(٣).

المسألة الثّانية: القسامة.

ذهب جمهور أهل العلم إلى مشروعية القسامة والعمل بها(٤)؛ صيانةً

---

(١) سورة النّور، الآية: ٨.

(٢) تفسير السّعديّ ص ٥٦٢، وانظر: أحكام الجصاص ١٤٩/٥، وتفسير القرطبي ١٧١/١٢، و١٧٣.

(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٢٣٢/١١، وانظر: الاستذكار ٩٦/٥.

(٤) وذهب إلى إنكار القسامة ودفعها جملةً طائفةٌ من أهل العلم، فلم يروا القسامة، ولا أثبتوا بها في الشّرع حكماً، وهو مذهب الحكم بن عتيبة وأبي قلابة وسالم بن عبد الله بن عمر وسليمان بن يسار وقتادة ومسلم بن خالد وإبراهيم بن علية وإليه ينحو البخاري. وحجّتهم فيما ذهبوا إليه قوله ﷺ: ((البيِّنةُ على الْمُدَّعِي واليمين على الْمُدَّعَى عليه الْمُنْكِر)).

=

للدّماء من الضّياع؛ لأنّ مَنْ يريد قتل غيره إنّما يعتمد به مواضع الخلوات التي يأمن فيها مَنْ يراه بالغالب، فلو لم يحكم فيها باللَّوْث لضاعت كثيرٌ من الدّماء[1]، ولكن اختلفوا في موجَبها أهُوَ دفع الدّعوى والدّية فقط، أم يثبت بها القصاص ويقاد بها؟، على مذهبين:

المذهب الأوّل: ذهب المالكية والحنابلة والظّاهرية والشّافعي في القديم إلى أنّه يُستَحَقّ بها الدَّمَ في العمد، والدِّية في الخطأ[2].

المذهب الثّاني:ذهب الحنفية والشافعي في الجديد وعليه المذهب عند الشّافعية

=

وأجيب عنه: بأنّ الاعتراض به على ردّ القسامة فاسدٌ؛ لأنّ الذي سنَّ البيِّنةَ على الْمُدَّعِي واليمين على الْمُنْكِر في الأموال هو الذي خَصَّ هذا المعنَى في القسامة، وبيَّنه لأمّته ﷺ .

قال الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ٢١٣/٧: «ذكر عبد الرّزّاق عن معمر عن الزّهري، قال: دعاني عمر ابن عبد العزيز فقال: إنّي أريد أن أدَعَ القسامةَ؛ يـأتي رجُلٌ مِن أرض كذا، وآخرُ مِنْ أرض كذا؛ فيحلفون! فقلت له: ليس لك ذلـك؛ قضى بها رسول الله ﷺ ، والخلفاءُ بعدَهُ، وأنْتَ إن تركتها أوشَكَ رَجُلٌ أَنْ يُقْتَـلَ عند بابكَ؛ فَيُطَلُّ دَمه، وإنّ للنّاس في القسامة حياةً».

انظر: الاستذكار ٢١٣/٧، وبداية المجتهد ٣٥٩/٤، وتفسير القرطبـي ٤٩٤/١، وشرح مسلم ١٤٦/١١-١٥١، وفتح الباري٢٤١/١٢، و٢٤٥.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٩٢، والهداية ٢١٦/٤، والمعونة ١٣٤٤/٣-١٣٤٥، والتّمهيد ٢٦٨/١٤، والمهذّب ٦٦٦/٣، والمقنع والشّـرح الكـبير والإنصـاف ١٠٩/٢٦، وفتح الباري ٢٤٥/١٢.

(٢) انظر: التّمهيد ٢٤٩/١٤، و٢٥٤، و٢٦٢، ٢٦٥، و٢٦٧-٢٦٩، والاستذكار ٢٠٥/٧، وبداية المجتهد ٣٦٢/٤، وعقد الجواهر ١١٣٦/٣، وشرحي ابن نـاجي وزروق ٢٢٢/٢، والفواكه الدّواني ١٩٤/٢، ومختصر المزني ص ٣٣٨، و٣٤٠، والمهذّب ٦٦٧/٣، وشرح مسلم ١٤٧/١٢، وفتح البـاري ٢٤١/١٢، و٢٤٥-٢٤٩، ومختصر الخرقي١٩٢/١٢، و٢١٤، والمغني ٢٠٤/١٢، والعـدّة ١٦١/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٦٠/٦، والمحلّى ٣٠١/١١، و٣٠٥.

إلى أنّ مفادها دفع الدّعوى وثبوت الدّية لا غير، وأنّها لا تُستَحَقُّ بها القَوَد، وإن نكل في النّفس حُبِسَ حتّى يَحلف أو يقرّ[١].

مِنْ أدلّة المذهب القائل بوجوب القَوَد بالقسامة:

١-قوله ﷺ : ((يُقْسِمُ خَمْسون منكم على رجُلٍ منهم فَيُدْفَعُ بِرُمَّته[٢]))[٣].

ووجه الاستدلال منه ظاهرٌ في قوله: ((فيدفع برُمَّته))؛ لأنّه يُستَعْمَل في دفع القاتل للأولياء للقتل، ولو أنّ الواجب الدّية لبَعُد استعمال هـذا اللّفظ فيها، وهو في استعماله في تسليم القاتل أظهر[٤].

قال في المنهاج: ((وفي هذا دليلٌ لِمَن قال: إنّ القسامة يثبت فيها القصاص))[٥].

٢-وقوله ﷺ : ((تَحلفون خَمسين يَميناً وتَستَحقُّون قاتلَكُمْ؟ أو صاحِبَكُم))، وفي لفظ: ((أَتَحْلِفُون وتَستَحقُّون دَمَ صاحِبِكُمْ؟))[٦].

وجه الاستدلال منه أيضاً ظاهرٌ في قوله: ((دَمَ صاحبكم))؛ فدلّ على

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٩٢، و٢١٥-٢١٦، وبدائع الصّنائع ٣٥٢/٦-٣٥٥، والهداية ١٥٨/٣، و٢١٧/٤-٢١٩، وبداية المجتهد ٣٦٢/٤، و٣٦٤-٣٦٥، والمهذّب ٦٦٦/٣-٦٦٧، وإحكام الأحكام ص ٨٤١، وفتح الباري ٢٤١/١٢، و٢٤٥.

(٢) الرُّمَّة هي: حبل يكون في عُنُق البعير، فإذا قيد أُعْطِيَ به، وقيل: إنّه حبلٌ يكون في عُنُق الأسير؛ فإذا أسلم للقتل سلّم به.
انظر: الاستذكار ١٦٢/٦، وشرح مسلم ١٥١/١١،وإحكام الأحكام ص ٨٤٢.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ١٢٩٢/٣، كتاب القسامة، باب القسامة، برقم: (١٦٦٩/٢).

(٤) انظر: الاستذكار ١٦٢/٦، وشرح مسلم ١٥١/١١، وإحكام الأحكام ص ٨٤١.

(٥) شرح مسلم ١٥١/١١.

(٦) تقدّم تخريجه في القاعدة [٦٠]، من أدلّة وجوب اليمين مع النّكول.

أنّ القسامة توجب القَوَد[1].

٣- أنّ النَّبيّ ﷺ أقَرَّ القسامةَ على ما كانت عليه من الجاهلية[2].

وجه الاستدلال منه؛ حيث كانوا يقتلون بها في الجاهلية[3]، وأقرّها النَّبيّ ﷺ على ذلك[4].

٤- لأنّ القسامة سنةٌ بحيالها، وأصلٌ قائمٌ برأسه لحياة النّاس وردع المعتدين، أقيمت أيمانها مقام البيِّنة، وخالفت الدّعاوى في الأموال فهي على ما ورد فيها، وكلّ أصلٍ يُتَّبَعُ ويُستَعْمَل ولا تطرح سنةٌ لسنةٍ[5].

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١/٤٩٧، وشرح مسلم ١١/١٤٧-١٤٩، وإحكام الأحكام ص ٨٤١.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه٣/١٢٩٥، كتاب القسامة، باب القسامة، برقم:(١٦٧٠).

(٣) أخرجه النَّسائي في سننه ٨/٤-٥، باب القسامة، وأيضاً في سننه الكبرى ٤/٢٠٧، برقم:(٦٩١٢)، وعبدالرّزّاق في مصنّفه١٠/٢٧-٢٨، برقم:(١٨٢٥٢-١٨٢٥٤).
وهو حديثٌ ثابتٌ، قال ابن حجر في فتح الباري ١٢/٢٤٧: «أخرج ابن أبي شيبة بسند جيّد إلى إبراهيم النّخعي قال: كانت القسامة في الجاهلية إذا وُجدَ القتيل بين ظهريْ قومٍ أقسم منهم خمسين يَميناً، ما قتلنا ولا علمنا؛ فإنْ عجزت الأيْمان رُدَّتْ عليهم ثُمّ عقلوا»، وانظر: مصنّف ابن أبي شيبة ٥/٤٤٥، برقم: (٢٧٨١٢).
وقال في مجمع الزوائد ٦/٢٩١: «رواه الطّبراني في الأوسط، وفيه محمّد بن يوسف الزّبيدي، وَثّقَهُ ابن حبان، وقال ربما أخطأ وأغرب، وشيخ الطبرانيّ، وفيه موسى بن عيسى الزّبيديّ، و لم أعرفه، وبَقيَّةُ رجاله ثِقَاتٌ».
وانظر أيضاً: التّمهيد ١٤/٢٥٤-٢٥٥، ونصب الرّاية ٤/٣٩١-٣٩٣، والدّراية ٢/٢٨٤، ونيل الأوطار ٧/١٨٦.
وقال الحسن البصري: «القتل بالقسامة جاهلية».
انظر: التّمهيد ١٤/٢٦٤، والاستذكار ٧/٢٠٦.

(٤) انظر: فتح الباري ١٢/٢٤٧.

(٥) انظر: فتح الباري ١٢/٢٤٥، والمغني ١٢/١٩٩، والطّرق الحكمية ص ١٥١.

٥-قال في فتح الباري: ((الأصل في الدّعاوى أنّ اليمين على الْمُدَّعَى عليه، وحكم القسامة أصلٌ بنفسها لتعذّر إقامة البيّنة على القتل فيها غالباً؛ فإنّ القاصد للقتل يقصد الخلوة ويترصّد الغفلة، وتأيّدت بذلك الرّواية الصّحيحة المتّفق عليها، وبقي ما عدا القسامة على الأصل، ثم ليس ذلك خروجاً عن الأصل بالكلّيّة؛ بل لأنّ الْمُدَّعَى عليه إنّما كان القولُ قولَهُ لقوّة جانبه بشهادة الأصل به بالبراءة مما ادّعي عليه، وهو موجود في القسامة في جانب الْمُدَّعِي لقوّة جانبه باللَّوْث الذي يقوِّي دعواه))[(١)].

مِنْ أدلّة المذهب القائل بِمنع القَوَد بالقسامة:

١-جرياً منهم على عموم قاعدة إراقة الدّماء، وأنّها لا تراق إلاّ بالبيّنة العادلة، أو الاعتراف والإقرار، ولا تأثير لليمين في ذلك[(٢)].

٢-قول النَّبيّ ﷺ : ((أفتستحقّون الدِّيَةَ بأَيْمَان خمسين منكم؟))[(٣)]، وفيه أنّ اليهود قالوا: قضيتَ بالنّاموس، أي: بالوحي.

وجه الاستدلال منه؛ قال في بدائع الصّنائع: ((إنّ هذا نصٌّ في الباب، وبه يبطل قول مالكٍ -رحمه الله- بإيجاب القصاص به؛ لأنّ النَّبيّ عليه الصّلاة والسّلام غرمهم الدِّية لا القصاص، ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدِّية))[(٤)].

---

(١) فتح الباري لابن حجر ١٢/٢٤٥، ناقلاً عن القرطبي في المفهم.

(٢) انظر: مراجع المذهب الثّاني السّابقة عند توثيقه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١٢/٢٤٠، كتاب الدّيات، باب القسامة، برقم: (٦٦٥٧).

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ٦/٣٥٣.

٣-حديث أبي قلابة أنّ عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوماً للنّاس، ثم أذن لهم فدخلوا؛ فقال: «مَا تَقُولُون في القَسامَة؟ -فأضبّ[(١)] النّاسُ-[(٢)] قالوا: نقول: القسامةُ القَوَدُ بها حقٌّ، وقد أقادتْ بها الخلفاء، قال لي: ما تقولُ يا أبا قلابةَ؟ ونصبني للنّاس، فقلتُ: يا أمير المؤمنين عنْدَكَ رؤوسُ الأجناد، وأشرافُ العرب، أرأيتَ لو أنّ خمسين منهم شهدوا على رجلٍ محصنٍ بدمشق أنّه قد زنَى لم يَرَوْهُ أكنت تَرْجُمُهُ؟ قال: لا. قلتُ: لو أنّ خمسين منهم شهدوا على رجلٍ منهم بحمص أنّه قد سرق أكنتَ تقطعُهُ و لم يَرَوْهُ؟ قال: لا» الحديث[(٣)].

وجه الاستدلال بالحديث ظاهرٌ من قول أبي قلابة؛ حيث دلّ بصريحه أنّ الدّماء لا تراق بالأيمان؛ فلا يثبت بها الرّجم في الزّنا، ولا القطع في السّرقة.

وأجيب عن الحديثين السّابقين بأنّ الرّواية الموجبة للقَوَد أثبت[(٤)].

---

(١) أي: سكت النّاس مُطرقين، أو تكلّموا مُتَتَابِعاً، ونهضوا في الأمر جميعاً. يقال: أضبّوا إذا سكتوا، وأضبّوا إذا تكلّموا.
انظر: النّهاية في غريب الحديث ٧٠/٣، وفتح الباري ٢٤٩/١٢.

(٢) هذه الزّيادة ذكرها تبعاً لابن رشد في بداية المجتهد ٣٦٠/٤، وهي زيادة أحمد بن حرب عن إسماعيل ابن علية عند أبي نعيم في المستخرج.
انظر: فتح الباري ٢٤٩/١٢.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٣٩/١٢، كتاب الدّيات، باب القسامة، برقم: (٦٦٥٧).

(٤) قال الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ١٩٧/٧: «وقد أخطأ جماعةٌ منْ أهل العلم بالحديث سعيد بن عبيد في روايته هذه عن بُشَير بن يسار، وذَمُّوا البخاريَ في تَخريجه حديث سعيد بن عُبيد، وتركه حَديثَ يَحْيَى بن سعيد الذي فيه تَبْدِءَةُ الْمُدَّعِي بالأيمان». وانظر: التّمهيد ٢٥٩/١٤، و٢٦٥، و٢٦٨-٢٦٩.

٤-قوله ﷺ: «إمّا أنْ يَدُوا صاحبَكُمْ وإمّا أنْ يُؤْذَنُوا بحَرْبٍ؟»[١].

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على أنّ الْمُسْتَحَقَّ بالقسامة ديةٌ لا قَوَد؛ لأنّه لم يتعرّض للقصاص[٢].

قد يُجاب عنه بأنّه ليس دليلٌ على عدم القَوَد بالقسامة.

٥-ما روي أنّ عمر رضي الله عنه حكم في قتيلٍ[٣] وُجِدَ بين قريَتَين فطرحه على أقربهما وألزم أهلها القسامة والدِّية[٤].

٦-قول عمر رضي الله عنه: «القَسَامَةُ تُوجِبُ العَقْلَ وَلا تُشِيطُ الدَّمَ»[٥]. أي: توجب الدِّيَةَ لا القَوَدَ[٦].

يجاب عنه بأنّ المصير إلى المسند الثّابت أَوْلَى من قول الصّاحب من جهة الحجّة[٧].

٧-ولأنّ النّفس لا تحتمل البذل والإباحة بحالٍ، والقياس ألاَّ يستحلف في النّفس؛ لأن الاستحلاف للتّوسّل إلى المقصود الْمُدَّعَى، وهو إحياء

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢٩٥، كتاب القسامة، باب القسامة، برقم: (١٦٦٩/٦).

(٢) انظر: تفسير القرطبي ١/٤٩٧، وإحكام الأحكام ص ٨٤١، والمغني ١٢/٢٠٤.

(٣) القتيل في العرف، هو: مَنْ فاتَت حياته بسبب يباشره حيٌّ. انظر: الهداية ٤/٢١٨.

(٤) أخرجه البيهقي في سننه ٨/١٢٥، وابن أبي شيبة في الدّيات باب ما جاء في القسامة ٨/٤١٠، وانظر: فتح الباري ١٢/٢٤٧.

(٥) أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه ١٠/٤١، برقم: (١٨٢٨٦، و١٨٢٨٧)، والبيهقي في السّنن الكبرى ٨/١٢٩، برقم: (١٦٢٤٠)، وقال: إنّه منقطعٌ، و٥/٤٤٣، برقم: (٢٧٨٣١).
وانظر: الاستذكار ٧/٢٠٦، وبداية المجتهد ٤/٣٦٣، وفتح الباري ١٢/٢٤٧، ونيل الأوطار ٧/١٨٧.

(٦) انظر: النّهاية في غريب الحديث ٤/٦٢.

(٧) انظر: التّمهيد ١٤/٢٦٠.

حقّه بالقضاء بالنّكول، ولا يقضى في النّفس بالنّكول أصلاً؛ فكان ينبغي ألاَّ يستحلف، إلاّ أنّه استحسن الاستحلاف فيها؛ لأنّ الشّرع ورد به في القسامة، وجعله حقّاً مقصوداً في نفسه تعظيماً لأمر الدّم، وتفخيماً لشانه؛ لكون اليمين الكاذبة مهلكةً؛ فصار النّكول مانعاً حقّاً مستحقّاً عليه مقصوداً؛ فيحبس حتّى يقرَّ أو يحلف[١].

٨- ولأنّ أيْمان الْمُدَّعِين إنّما هي بغلبة الظَّنِّ وحكم بالظّاهر فلا يَجوز إشاطةُ الدَّم بها لقيام الشّبهة الْمُتَمَكِّنة منها[٢].

ولعلّ الذي يترجّح القولُ بأنّ القسامة توجب القَوَدَ؛ وذلك لقوّة أدلّته، وصراحته؛ لأنّ نقلة أحاديثه أئمةٌ فقهاءُ حفّاظٌ لا يعدل بهم غيرهم[٣].

وبهذا يتبيّن أنّ عموم قاعدة إراقة الدّماء مخصوصٌ بالمسألتَين: اللّعان والقسامة؛ فيثبت فيهما إراقة الدّماء بأيْمانٍ على وفق ما ورد به النّصّ، قال في الطّرق الحكمية: «لأنّ النّكول وإن جرى مجرى الإقرار ليس بإقرارٍ صحيحٍ صريحٍ؛ فلا يراق به الدّمُ بِمُجرَّدَه ولا مع يَمين الْمُدَّعِي إلاّ في القسامة للوث»[٤]. وقال في شرح منتهى الإرادات: تُشْرَع اليمين في كلّ حقّ آدميٍّ واستثنَى عشرة حقوق لا تُشْرَع يَمينٌ فيها ومنها القصاص، ثم استَثْنَى من القصاص القسامةَ؛ فإنّها توجب القَوَد في العمد والدّية في الخطأ[٥].

ولأنّ كلّ واحدةٍ من هاتين المسألتين أصلٌ بنفسها ثابتةٌ بالنّصّ الشّرعيّ.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٦/٥، والهداية ١٥٨/٣، و٢١٧/٤-٢١٨.
(٢) انظر: المغني ٢٠٤/١٢.
(٣) انظر: التّمهيد ٢٦٥/١٤، والطّرق الحكمية ص ١٥١.
(٤) الطّرق الحكمية لابن القيم ص ١٣٤، وانظر: ص ١٤١.
(٥) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٧٠٨/٦.

قال في الاستذكار: «والاعتراض بهذا على ردِّ القسامة فاسدٌ؛ لأنّ الذي سنَّ البيِّنةَ على الْمُدَّعِي واليمين على الْمُنكِر في الأموال، هو الذي خَصَّ هذا الْمَعْنَى في القسامة وبيَّنه لأمّته ﷺ »، ثم قال:
«والأصول لا يُرَدُّ بعضُها ببعضٍ، ولا يُقاسُ بعضها على بعضٍ، بل يُوضَعُ كُلٌّ واحد منها مَوضِعَهُ...، وعلى المسلمين التّسليم في كلّ ما سنَّ لهم رسول الله ﷺ »[١]. وليس من الأيمان شيءٌ متعدّدٌ إلاّ أيمان اللّعان والقسامة، ولا يَمين في جانب الْمُدَّعِي ابتداءً إلاّ فيهما[٢].

وجوِّز اللّعان لحفظ الأنساب ودفع المعرّة عن الأزواج، وهو يَمينٌ من حيث الجزم بنفي الكذب وإثبات الصّدق؛ لكن أُطْلِقَ عليها شهادةٌ لاشتراط ألاَّ يُكْتَفَى في ذلك بالظّنّ بل لا بدّ من وجود علمٍ كلٍّ منهما بالأمرين علماً يصحّ معه أن يشهد به؛ خلافاً لِمَنْ قال إنّه شهادةٌ؛ وقال: لو كان يميناً لما تكرّر، ويُجاب عنه بأنّه لو كان شهادةً لم يتكرّر أيضاً، وبأنّ تكرار أيْمان اللّعان خرج عن القياس تغليظاً لحرمة الفروج؛ لأنّها أقيمت مقام أربعة شهود في غيره لقيام الحدّ عليها، كما جُوِّزَتِ القسامة وخرجت عن القياس بأَنْ جُعِلَت خمسون يميناً فيها كاليمين الواحدة في سائر الحقوق؛ حفظاً للدّماء وحرمة النّفس؛ إذ القتل في القسامة غالباً في أماكن مخفيةٍ لا يطّلع النّاس عليها؛ فبهذا كان للنّاس في القسامة حياةٌ[٣].

---

(١) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٧/٢١٣.
(٢) انظر: الاستذكار ٧/٢١٣، وشرح مسلم ١٠/٣٥٩.
(٣) انظر: التّمهيد ١١/٢١٦، والاستذكار ٧/٢١٣، والأمّ ٦/٩٢، و٢٢٩، وشرح مسلم ١٠/٣٥٩، وإحكام الأحكام ص٨٤٠، وفتح الباري ٩/٣٥٤، و٣٧٠، والمغنِي ١٢/٢٠٩، و٢١١، و٢١٣، و٢١٧-٢١٨.

قال الإمام مالكٌ -رحمه الله- في موطئه مُبَيِّناً الحكمة في مشروعية القسامة: «وإنّما فُرِّقَ بين القسامة في الدَّم والأَيْمَان في الْحُقُوق؛ أنّ الرَّجُلَ إذا دَايَنَ الرَّجُلَ اسْتَثْبَتَ عليه في حَقِّه، وأَنَّ الرَّجُلَ إذا أَرَادَ قَتْلَ الرَّجُلِ لَمْ يَقْتُلْهُ في جَمَاعة مِنَ النّاسِ وإنّما يَلْتَمِسُ الْخَلْوَةَ، فلو لَمْ تَكُنِ القَسَامَةُ إلاّ فيما تَثْبُتُ فيهِ البَيِّنَةُ، ولَوْ عُمِلَ فيهَا كَما يُعْمَلُ في الْحُقُوق هلكت الدِّمَاءُ، واجْتَرَأَ النّاسُ عَليهَا إذا عَرَفُوا القضاء فيها، ولكن إنّما جُعِلَتَ القَسَامَةُ إلى وُلاة الْمَقْتُول يُبْدَأونَ بها فيها لِيَكُفَّ النَّاسُ عن الدَّمِ، وَلِيَحْذَرَ القاتِلُ أن يُؤخَذَ في مثل ذَلك بقولَ الْمَقْتُول»[1].

وقال الإمام الشّافعي رحمه الله: «والأصل المجتمع عليه أنّ اليمين لا يُستَحقُّ بها شيءٌ، وإنّما هي لدفع الدّعوى، إلاّ أنّ رسول الله ﷺ سنَّ في الأموال أن تُؤخَذَ باليمين مع الشّاهد، وفي دعوى الدّماء أن تَسْتَحقَّ بها إذا كان معها ما يغلبُ على قلوب الحُكّام أنّه مُمْكِنٌ غير مَدفوع من الأموال التي وصفنا»[2].

من تطبيقات القاعدة:

١- أنّ مَنْ قتل رجلاً وزعم أنّه وجده قد زنَى بامرأته؛ فإنّه يقتل قصاصاً، ولا يُقْبَلُ قوله عند الجمهور، إلاّ أنّ تقوم بذلك بيِّنةٌ، أو يعترف به ورثة القتيل، ولا تكفي يمينه؛ لأنّ الدّماء لا تراق إلاّ بالبيّنة العادلة وهي هنا أربعة شهداء، أو الاعتراف، ولا تأثير لليمين ولا للغيرة في ذلك[3].

---

(١) الموطّأ ٨٨٠/٢، وانظر: التّمهيد ٢٦٣/١٤، و٢٦٨، والاستذكار ٢١٠/٧، والمنتقى ٤٣٨/٨.

(٢) الأم ٢٥٧/١، وانظر: الاستذكار ٢٠٢/٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٦/٥، والتّمهيد ٢٠٩/١١، و١٠١/١٣-١٠٥، =

٢-أنّ نكول المرأة عن أيْمان اللّعان يوجب عليها الرّجم، وقد تقدّم.
٣-أنّ القسامة توجب القَوَدَ، وقد تقدّم أيضاً.
٤-أنّ الحقوق على ضربين: ما هو حقٌّ لآدمِيٍّ، والثّانِي ما هو حقٌّ لله-تعالى-.

أمّا الضّرب الأوّل وهو حقّ الآدمي؛ فينقسم قسمين:

أحدهما: ما هو مالٌ أو المقصود منه المال؛ فهذا تُشْرَعُ فيه اليمين بلا خلافٍ بين أهل العلم، فإذا لم تكن للمُدَّعِي بيِّنةٌ حلف الْمُدَّعَى عليه وبرئ.

القسم الثّانِي: ما ليس بمالٍ ولا المقصود منه المال، وهو كلّ ما لا يثبت إلاّ بشاهدين؛ كالقصاص وحدّ القذف والنّكاح والطّلاق والرّجعة والعتق والنَّسب والاستيلاد والولاء والرِّقّ؛ لأنّ هذه الأشياء لا يدخلها البدل، وإنّما تُعْرَض اليمين فيما يدخله البدلُ؛ فأشبهت الحدود.

الضّرب الثّانِي: حقوق الله تعالى، وهي -أيضاً- نوعان:

أحدهما: الحدود؛ فلا تُشْرَعُ فيها يَمينٌ بلا خلاف بين أهل العلم؛ لأنّه لو أقرّ ثم رجع عن إقراره قُبِلَ منه، وخُلِّي من غير يَمينٍ؛ فلأَنْ لا يُسْتَحلف مع عدم الإقرار أَوْلَى، ولأنّه يُستَحَبُّ ستره، والتّعريض للمقرّ به بالرّجوع عن إقراره، وللشّهود بترك الشّهادة والسّتر عليه؛ فلا تُشْرَع فيه يَمينٌ بِحالٍ، إلاّ إذا تعلّق بذلك حقٌّ لآدمِيٍّ؛ مثل أن يدَّعِي سرقةَ ماله ليضمن السّارق.

=

والاستذكار ١٦٢/٦، والمنتقى ٣٢١/٧، وشرح مسلم ٣٦٠/١٠.

النّوع الثّاني حقوق الله تعالى المالية؛ كدعوى السّاعِي الزّكاةَ على ربّ المال، وأنّ الحولَ قد تَمَّ وكمل النِّصَابُ، فقيل: هي حقٌّ لله تعالى أشبهت الحدَّ فلا يَمين فيها، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، وقيل: يدخلها اليمين؛ لأنّها دعوى مَسموعةٌ أشبهت حقَّ الآدمي وهو ظاهر مذهب والشّافعية ورواية للحنابلة[1].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٥/٣٣٩، والاستذكار٦/١٢٠، والشّرح الكبير٤/١٥١، والمهذّب١/٥٠٤-٥٠٥، والمغني ١٤/٢٣٦-٢٣٧، و٢٧٥-٢٧٦، والطّرق الحكمية ص ١٣٤، و١٣٦، والعدّة ٢/٢٥٨، وشرح منتهى الإرادات ٦/٧٠٨-٧٠٩، وشرح الزّرقا ص ٣٨٢، ونظام القضاء ص ١٧٠-١٧١، وقواعد الحريري ص ١١٥، وطرائق الحكم ص ٢٠٥-٢١٢.

المبحث السّادس: القاعدة الرّابعة والسّتون [٦٤]

[الإنْسَانُ لا يَحْكُمُ لِنَفْسِهِ ولا يَشْهَدُ لِنَفْسِهِ]

و

[المُحْكُومُ عليهِ لا يَكُونُ حَاكِماً عَلَى نَفْسِهِ]

ذكر ابن رشد **القاعدة الأولى** دليلاً للقول بالْمَنْع في مسألة: أَيَجُوزُ للولِيّ أن يُنْكِحَ وَلِيَّتَهُ مِنْ نفْسه أم لا يَجُوزُ؟ حيث قال: «ويتعلّق بأحكام الولاية مسألةٌ مشهورةٌ، وهي: أَيَجُوزُ للولِيّ أن يُنْكِحَ وَلِيَّتَهُ مِنْ نَفْسِهِ أم لا يَجُوزُ ذلك؟[1] فَمَنَع ذلك الشّافعي[2] قياساً على الْحَاكم والشّاهد؛

(١) وصورة الْمسألة: هل يَجوز لعاقد واحد أن يتولّى طَرَفَيْ عقد النّكاح، بعبارة أخرى: هل يَجوزُ للواحد أَنْ يَقُومَ بالنِّكَاحِ من الْجَانبَيْن أم لا؟ حيث يكون ناكحاً ومُنكحاً إذا كانت له ولايةٌ من الْجانبَيْن، سواء كانت ولايتُهُ أصليةً أو دخيلةً.
أمّا الوَلاية الأصلية فكالولاية الثّابتة بالْملك والقرابة؛ بأن كان العاقدُ مَالكاً من الْجانبَين؛ كالْمُولَى إذا زَوَّج أمته مِنْ عَبده، أو كان ولياً من الْجَانبَين؛ كالْجدّ إذا زوَّج ابن ابنه الصّغير مِنْ بنت ابنه الصّغيرة، والأخ إذا زوَّج بنتَ أخيه الصّغيرة من ابن أخيه الصّغير، أو كان أصيلاً ووليّاً؛ كابن العمّ إذا زوَّج بنتَ عمِّه من نفسه.
وأمّا الدّخيلة؛ فكالوكالة الثّابتة بالوكالة، بأن كان وكيلاً أو رسولاً منَ الْجَانبَين، أو كان وَلِيّاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر. انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٨/٢.

(٢) وهو قول زفر من الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد اقتصر عليها الخرقي. قالوا: إنّ وليَّ المرأة التي يَحلُّ له نكَاحُها؛ وهو ابن العمّ، أو الْمَولَى، أو الْحَاكم، أو السّلطان إذا أَذنَت له أنَ يتزَوَّجَها فله ذلك، ولكن لَمْ يَجُز أَنْ يتولّى طرفي العقد؛ فيكون مُوجباً قابلاً في آن واحد؛ بل يُوَكّلُ رَجُلاً يُزَوِّجُهُ إيَّاهَا بإذْنها.
انظر: بدائع الصّنائع ٤٨٨/٢-٤٨٩، ومختصر المزني ص٢٣١، والمهذّب ٦٩٠/٢-٦٩١،
=

أَعْنِي: أنّهُ لا يَحْكُمُ لِنَفْسِه، ولا يَشْهَدُ لِنَفْسِه. وأجاز ذلك مالكٌ[١]،

=

والمجموع ١٧/١٨٦، ومختصر الخرقي ٩/٣٧٣، والمغني ٩/٣٧٠، و٣٧٣-٣٧٦.

(١) والحنفية والظّاهرية وقولٌ للشّافعية إذا كان الوليّ إماماً، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد، يفهم من صناعة ابن قدامة الفقهية أنّها مذهب الحنابلة. قالوا: يجوز له أن يَتوَلّى طَرَفَي العقد بنفسه، فيقول: زَوَّجْتُ نَفْسِي فُلانَةً، أو تَزَوَّجْتُ فُلانَةً؛ لأنّ إيجابَهُ يتضمَّنُ القبول. وقيل: يفتقر إلى الإيجاب والقبول؛ فيقول: زَوَّجْتُ نَفْسِي فلانَةً، وقَبِلْتُ هذا النِّكاحَ. والأوّل هو الصّحيح؛ لأثر عبد الرّحمن بن عوف الآتي.

استدلّ الْمَانعونَ بمَا يأتي:

١- أثر الْمُغيرةَ بن شعبة أنّه خطب امْرَأةً هو أَوْلَى النّاسِ بها؛ فأَمَرَ رَجُلاً فَزَوَّجَهُ. أخرجه البخاري تعليقاً في صحيحه ٩/٩٤، قال ابن حجر في فتح الباري ٩/٩٥: «هذا الأثر وصله وكيع في مصنّفه، والبيهقي مِنْ طريقه عن الثّوريّ... وأخرجه عبد الرّزّاق عن الثّوريّ».

٢- أنّ ركن النّكاحِ اسمٌ لشرطين مختلفين، وهو: الإيجاب والقبول؛ فلا يقومان إلاّ بعاقدين كشرطَي البيع.

٣- أنّ الولايةَ شرطٌ في العقد، فلا يكون النّاكحُ مُنكحاً؛ إذِ الشّخصُ الوحيدُ لا يَجوزُ أَنْ يكون قابلاً مُوجباً في النّكاح؛ كما لا يبيع مِن نفسه.

٤- ولأنّه عقدٌ مَلَكَهُ بالإذْن فلَم يَجُزْ أَنْ يتولّى طَرَفيه؛ كالبيع.

واستدلّ مَنْ أجَازَ ذلك بمَا يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾، [سورة النّساء، الآية: ٣].

وجه الاستدلال منها: أنّ الله سبحانه إنّما نَهى وليَّ اليتيمة عن نكاحها إذا أراد أَنْ يَتَزَوَّجها بغير أَنْ يُقسطَ في صداق مثْلها؛ أي: بغير أَنْ يعدل فيه، بل ويريد أَنْ ينتقص منه، أمّا لو كان يعدل ويُعْطيَها صداقَ مثلها؛ فلا يُنْهَى عنه؛ بيَّن هذا صريحاً ما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها حين سألها عروة بن الزّبير عن الآية فقالت: «يا ابن أختي، هي اليَتيمةُ تَكُونُ في حَجْرِ وَلِيِّهَا تُشارِكُهُ في مَاله فَيُعْجِبُهُ مالُها وجَمَالُهَا، فيُريدُ وَلِيُّها أَنْ يتزَوَّجَهَا بغيْرِ أَنْ يُقْسِطَ في صَدَاقِهَا فَيُعطيَهَا مثلَ ما يُعْطيها غَيْرُهُ، فَنُهُوا أَنْ يَنْكحُوهُنَّ إلاّ أَنْ يَقْسطُوا ويَبْلُغُوا بِهِنَّ أَعْلَى سُنَّتِهِنَّ مِنَ الصَّدَاقِ؛

=

=

وَأُمِرُوا أَنْ يَنْكِحُوا مَا طَابَ لَهُمْ مِنَ النِّسَاءِ سِوَاهُنَّ.
قالَ عُرْوَةُ: قَالَتْ عَائِشَةُ: ثُمَّ إِنَّ النَّاسَ اسْتَفْتَوا رسول الله ﷺ بَعْدَ هَذِهِ الآية فِيهِنَّ؛ فأَنْزَلَ الله عزَّ وجلَّ:

٢- وقوله تعالى: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي ٱلْكِتَٰبِ فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾، [سورة النّساء، الآية: ١٢٧].

قالَتْ عَائِشَةُ: وَقَولُ الله في الآية الأخرى: ﴿ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾، رَغْبَةَ أحدكم عَن اليَتيمَةِ التي تَكُونُ في حَجْرِه، حينَ تَكُونُ قَليلَةَ الْمَالِ والْجَمَالِ، فَنُهُوا أَنْ يَنْكِحُوا مَا رَغِبُوا فِي مَالِهَا وَجَمَالِهَا مِنْ يَتَامَى النِّسَاءِ إلاّ بالقِسْطِ مِنْ أَجْلِ رَغْبَتِهِم عَنْهُنَّ».

أخرجه البخاري في صحيحه ٩٠/٨،كتاب تفسير القرآن، باب: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾، برقم: (٤٣٨٩)، ومسلم في صحيحه٤/٢٣١٣-٢٣١٤، كتاب التّفسير، برقم: (٣٠١٨)، واللّفظ له.

٣- حديث عائشة رضي الله عنها السّابق.

٤- أثر عبد الرّحمن بن عوف رضي الله عنه أنّه قال لأمّ حكيم بنت قارِظ: أَتَجْعَلِين أَمْرَكِ إِلَيَّ؟ فقالت: نعم. فقال: قد تَزَوَّجْتُكِ.

أخرجه البخاري تعليقاً في صحيحه ٩٤/٩، كتاب النّكاح، باب إذا كان الوليّ هو الْخَاطب.

قال ابن حجر في فتح الباري ٩٥/٩: «وصله ابن سعد من طريق ابن أبي ذئب...»، وقال ابن أبي ذئب: فَجَازَ نِكَاحُهُ».

٥- ولأنّه يَمْلكُ الإيجَابَ والقَبُولَ؛ فجاز أن يَتَوَلاَّهما كما لو زوّج أَمَتَهُ عَبْدَهُ الصَّغيرَ.

٦- ولأنّه عقدٌ وُجدَ فيه الإيجَابُ مِنْ وَليٍّ ثابتِ الولاية، والقَبُول مِنْ زوجٍ هو أهلٌ للقبول فَصَحَّ كما لو وُجدا من رَجُلَين.

ولعلّ الرّاجح والعلم عند الله القَولُ بالْجواز؛ وذلك لِمَا يأتي:

١- قوّة ما استدلّ به أصحابه وصراحته.

٢- أنّ ما استدلّ به الْمَانعون ليس فيه تصريحٌ بالْمَنْع مِنْ تَزْويجه نَفْسَهُ. وقد قال ابن حجر في فتح الباري ٩٥/٩: «قال ابن الْمنير: ذَكَرَ في التّرجمة ما يَدُلّ على الْجواز والْمنع معاً؛ لِيَكلَ الأمرَ في ذلك إلى نظر الْمجتهد». ثم قال عقيبه: «وكأنّه أخذه مِنْ تَرْكِه الْجَزْمَ بالْحُكم؛ لكن الذي يظهر مِنْ صنيعه -يَعْنِي البخاري- أنّه يرى الْجوازَ؛

=

....ولا أعلم له حُجَّةً في ذلك...»[1].

وذكر الثّانية في مسألة: إذا اشترك الجماعةُ في قتل صيدٍ، هل يكون أَحْدُ الْحكَمَين قاتلَ الصَّيد[2]؟

=

فإنّ الآثار التي فيها أمرُ الوليِّ غَيْرَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ ليس فيها التّصريحُ بالْمَنْع مِنْ تَزْوِيجِه نفسَهُ، وقد أورد في التّرجمة أثرَ عطاء الدَّالَ على الْجواز».

٣- ولأنّ قياسهم على الحاكم والشّاهد؛ قياسٌ مع الفارق؛ وذلك أنّ المانع للحاكم مِنْ أَنْ يَحْكُمَ لنَفْسه، وللشّاهد مِنْ أَنْ يَشْهَدَ لِنَفْسِه هو التّهْمَةُ، ولا تُهمةَ هنا فافترقا. وبالله التّوفيق.

انظر: مختصر القدوري ص ١٤٩، وبدائع الصّنائع ٤٨٨/٢-٤٨٩، والتّفريع ٣٢/٢، وأحكام ابن العربي ٤٠٤/١-٤٠٥، و٤٠٧، وبداية المجتهد ٣٣/٣، وعقد الجواهر ٤٢٢/٢،وجامع الأمّهات ص٣٩٨،وتفسير القرطبي١٥/٥، و١٨، والقوانين الفقهية ص ١٣٤، والمهذّب ٦٩٠/٢-٦٩١، وفتح الباري ٩٢/٨، و٤٠/٩، و٩٥، و٣٥٣/١٢، والمغني ٣٧٤/٩، ومنتهى الإرادات ٣١٩/١، و٨٩/٢-٩٠، وشرح منتهى الإرادات ٥٢١/٣، و١٤٣/٥-١٤٤، والْمُحلّى ٦١/٩-٦٢.

(١) بداية المجتهد ٣٣/٣. قلت: بل له حُجّة، وقد سبق ذكر بعض منها. والله الْموفّق.

(٢) **أمّا مسألة: هل يكونُ أحدُ الْحَكَمَين قاتِلَ الصَّيد؟ فكلام أهل العلم فيها على النّحو التّالي:**

لا خلافَ بينهم إن كان القتلُ عمداً عدواناً أنّه لا يكون قاتلُ الصّيد أحدَ الْحَكَمَين؛ لأنّه يكون فاسقاً. أمّا لو كان خطأً أو مُضْطَرّاً إليهِ ففيه خلافٌ جارٍ على مذهبَين:

المذهب الأوّل: جوازُ كونِ أحدِ الْحَكَمَين قاتِلَ الصَّيد. وهو مذهب الشّافعية والحنابلة.

المذهب الثّاني: منع كونِ أحد الْحَكَمَين قاتلَ الصَّيد. وهو مذهب الْحنفية والْمالكية، ووجه عند الشّافعية، وظاهر مذهب الظّاهرية.

=

=

أدلّةُ القائلين بالْجواز:

١- عموم قوله: ﴿يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾، [سورة المائدة، الآية: ٩٥]، ووجه ذلك: أنّ القاتل مع غيره ذوا عدل منّا.

٢- أثر تحكيم عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأَرْبَدَ حين أوطأ ضَبّاً فَفَزَر ظَهْرَهُ، فقال له عمر: احْكُمْ يا أَرْبَدُ فيه. قال: أنتَ خَيْرٌ منِّي يا أمير الْمؤمنين وأَعْلَمُ. قال: إنّما أَمَرْتُكَ أَنْ تَحْكُمَ، ولَمْ آمُرْكَ أَنْ تَزَكِّيَ. فقال أَرْبَدُ: أَرَى فيه جَدْياً قد جَمَعَ الْماءَ والشَّجَرَ. قال عمر: فذلك فيه. فهو نَصٌّ في محلّ النّزاع، حيث أمره عُمَرُ أَنْ يَحْكُمَ فيه، وهو القاتل فحكم على نفسه.

أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه ٤٠٢/٤، برقم: (٨٢٢٠)، وابن أبي شيبة في مصنّفه ٤٢٤/٣، برقم: (١٥٦١٦)، والبيهقي في السّنن الكبرى ١٨٢/٥، و١٨٥، برقم: (٩٦٤٥، ٩٦٧١).

وإسناده صحيحٌ، قال النّووي في المجموع ٢٦١/٧: «رواه الشّافعي والبيهقي بإسنادٍ صحيح»، وانظر: التّلخيص الحبير ٢٨٥/٢.

٣- ولأنّه مالٌ يُخْرَجُ في حقّ الله فجاز أن يكون مَنْ وجَب عليه أميناً فيه؛ كالزّكاة.

أدلّةُ القائلين بالْمنع:

١- قوله تعالى: ﴿يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾[سورة المائدة، الآية: ٩٥]، ووجه ذلك: أنّه تعالى خاطب بذلك مَنْ يلزمه التّحكيم فاقتضى أَنْ يكون الْحَكَمَان غيرَ الْمحكوم عليه. كما قال:

٢- ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾، [سورة الطّلاق، الآية: ٢]، فاقتضى أَنْ يكون الشّاهد غَيْرَ الْمشهود عليه.

٣- ولأنّ حكمَ الإنسان على نفسه غير مُتَصوَّر.

٤- ولأنّ الحكم كما يقتضي حاكماً فيقتضي محكوماً عليه غيْرَهُ كاقتضائه محكوماً له غيْرَهُ.

٥- ولأنّ الْجزاء بدلٌ للمُتلَف فلم يرجع فيه إلى أمانة الْمُتْلف كتقويم الْمُتْلَفَات.

التّرجيح: بالنّظر إلى أدلّة كلاَ الْمذْهَبَيْنِ، يُرَى أنّ أدلّة القَائلين بالجواز أقوى، خصوصاً أثرُ عمر رضي الله عنه، في حين أدلّة القول بالْمنع مفهوم الْمخالفة من النّصّ، وهو لا يقوى قوّة الأثر الصّريح؛ لأنّ عمر من الصّحابة الذين لهم رأيٌ صائبٌ في كثيرٍ من الوقائع، ومن الذين عرفوا معانيَ القرآن الكريم ومفاهيمه، وهو

=

حيث قال: «وأمّا اختلافهم في هل يكونُ أحدُ الْحَكَمَين قاتلَ الصَّيدِ؟ فالسّبب فيه معارضةُ مفهوم الظّاهر لِمَفهوم الْمَعْنَى الأصليّ في الشّرع؛ وذلك أنّهُم لَم يَشترطوا في الْحَكَمَين إلاّ العدالة؛ فيجب على ظاهر هذا أن يَجوزَ الْحُكْمُ مِمَّنْ يُوجَدُ فيه هذا الشّرط، سواء كان قاتلَ الصَّيدِ أم غيرَ قاتلٍ.

وأمّا مفهومُ الْمَعْنَى الأصليِّ في الشّرع فهو أنَّ **الْمَحْكُومَ عليه لا يكون حَاكِماً على نفسه**»[1].

توثيقها:

هذه القاعدة تكرّر ورودُ ذكرها أو مفادها في كتب الفقهاء منها:

ما جاء في مختصر القدوري: «حكم الْحَاكِم لأبويه وولده وزوجته باطلٌ»[2].

ما جاء في أحكام القرآن: «معلومٌ أنَّ تضمين الشّهود يتعلّق بحُكم الْحَاكِم بالشّهادة؛ لأنّه لو لَمْ يَحكم بشهادهّم لم يضمنوا شيئاً؛ فكان يصير حاكماً لنفسه بإيجاب الضّمان عليهم، ومعلومٌ أنّ أحداً من النّاس لا

=

قد حَكَمَ بهذا الْحُكم.

وبهذا يكون أرجح القولين في نظري القول بجوازِ كونِ القاتل أحدَ الحَكَمَين. والعلم عند الله.

انظر المسألة في: مختصر القدوري ص٧٣، وبدائع الصّنائع ٢/٤٣٢، والمعونة ١/٥٤٠، و٥٤٤، والْمنتقى ٣/٤٠٥-٤٠٦، ومختصر الْمزني ص ١٠٦، والْمهذّب ١/٦٩٦، والْمجموع ٧/٢٦٤، والْمغني ٥/٤٠٥، والْمحلّى ٥/٢٤١، و٢٤٤، و٢٤٧.

(١) بداية المجتهد ٢/٢٩٧.

(٢) مختصر القدوري ص ٢٢٦.

يَجوزُ له أَنْ يَحْكُمَ لنفسه»[١].

وجاء في بدائع الصّنائع: «ومنها -أي: من شروط الشّهادة- ألاَّ يَجُرَّ الشّاهدُ إلى نفسه مغنماً، ولا يدفع عن نفسه مغرماً بشهادته ...، ولأنّه إذا جرَّ النّفعَ إلى نفسه بشهادته لم تقع شهادتُهُ لله -تعالى-، بل لنفسه فلا تُقْبَلُ». ثم قال: «وأحد الزّوجين بشهادته للزّوج الآخر يَجُرُّ المغنمَ إلى نفسه؛ لأنّه ينتفع بمال صاحبه عادةً فكان شاهداً لنفسه»[٢].

وجاء في الْمعونة: «حُكْمُ الإنسان على نفسه غَيْرُ مُتَصَوَّر؛ لأنَّ الْحُكم كما يقتضي حاكماً يقتضي مَحْكوماً عليه غَيْرَهُ كاقتضائه مَحكوماً له غَيْرَهُ»[٣].

وجاء في الْمُنْتَقى: «فأمّا مَنْ يشهد لنفسه فلا يخلو: أن تَكون الشّهادةُ له خاصّةً، أو له ولِغيره؛ فإنْ كانت الشّهادةُ له خاصّةً؛ فهذا لا خلاف في أنّ شهادتَهُ غيرُ جائزة؛ لأنّ شهادته لنفسه هي مُجَرَّدُ الدّعوى، ولا خلاف أنّه لا يَحْكُمُ أحدٌ بِدعواه»[٤].

وفيه: «والدّليل على ما نقوله قوله -تعالى-: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[٥]، والْحاكم يَجبُ أَنْ يكونَ غَيْرَ الْمَحْكُوم عليه؛ فكأنّه قال: يَحْكُمُ به عدلٌ مِنْكُم عليكم؛ لأنَّ الإنسانَ لا يَحْكُمُ على نفسه»[٦].

---

(١) أحكام الجصاص ١٣١/٥.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٤٠٩/٥.

(٣) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ٥٤٤/١. وانظر: ٥٤٠، وبداية المجتهد ٤٥١/٤.

(٤) المنتقى للباجي ١٦٨/٧.

(٥) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٦) المنتقى للباجي ٤٠٥/٣.

وجاء في أحكام القرآن: «والفيصل في أنّه -يَعْنِي: اللّعان- يَمينٌ لا شهادةَ؛ أنّ الزّوجَ يحلف لنفسه في إثبات دعواها، وتخليصه عن العذاب، وكيف يجوز لأحدٍ أَنْ يَدَّعِيَ في الشّريعة أَنَّ شاهداً يَشهد لنفسه بما يوجب حكما على غيره؟ هذا بعيدٌ في الأصل، معدومٌ في النّظر»[1].

وجاء في عقد الجواهر: «كلّ مَنْ كان في عيال إنسانٍ ونفقته لا تُقْبَلُ شهادةُ الْمُنْفَقِ عليه للمُنْفِقِ؛ لأنّ منفعة الْمُنْفِقِ بالمشهودِ به في النّفقة وهو شريكه فيها؛ فكأنّه شهد لنفسه»[2].

وجاء في الذّخيرة: «وليس له -للمُودَع- أَنْ يَحكم لنفسه أنّ هذا مثل الأوّل»[3].

وجاء في الْمختصر: «ولا يَحْكُم لِمَنْ لا يَشْهَدُ له على الْمختار»[4]. وذلك لأنّ الظّنّة تَلْحَقه في ذلك، ولا فرق بين الشّهادة والْحكم[5].

وجاء في مواهب الجليل: «الْحاكم لا يحكم لنفسه». و«الرّجل لا يَجوز أن يشهد لنفسه»[6].

وجاء في مختصر الْمُزني: «ولا تَجوزُ شهادةُ جارٍّ إلى نفسه نفعاً، ولا دافعٍ عنها ضرراً»[7].

---

(1) أحكم ابن العربي ٣/٣٥٣. وانظر: تفسير القرطبي ١٢/١٦٧.
(2) عقد الجواهر لابن شاس ٣/١٠٣٦، وانظر: ١٠١٤ منه.
(3) الذّخيرة للقرافي ٩/١٧٧.
(4) مختصر خليل ص ٢٦١. وانظر: مواهب الجليل ٨/٨٩، و١٣٥.
(5) انظر: التّاج والإكليل ٨/١٣٧.
(6) مواهب الجليل للحطاب ٦/٢٥٥. وانظر: ٨/١٣٥، و١٣٦.
(7) مختصر المزني ص ٤١٦، وانظر: المهذّب ٣/٦٩٤-٦٩٥.

وجاء في الْمُهذَّب: «فصلٌ: ولا يَحْكُمُ -حاكمٌ- لنفسه، وإن اتّفقت له حُكومَةٌ مع خَصمٍ، تحاكما فيها إلى خليفة له». ثم قال: «ولأنّه لا يَجوزُ أن يكون شاهداً لنفسه، فلا يجوز أن يكون حاكماً لنفسه.ولا يَجوز أن يحكم لوالده وإنْ علا، ولا لولده وإنْ سفل...؛ لأنّه مُتَّهَمٌ في الْحكم لهما، كما يُتَّهَم في الْحكم لنفسه»[١].

وجاء في تكملة المجموع: «لا يَجوز للقاضي أَنْ يَحكم لنفسه كما لا يجوز أَنْ يشهد لنفسه»[٢].

وفيه: «لا تُقْبَلُ شهادَةُ مَنْ يَجُرُّ إلى نفسه نفعاً بشهادته، ولا شهادَةُ مَنْ يدفع عن نفسه ضرراً بشهادته...، ومَن جَرَّ إلى نفسه نفعاً بشهادته أو دفع عنه ضرراً فَمُتَّهَمٌ فلم يُقْبَل»[٣].

وجاء في الْمغني: «...إنّ الإنسانَ لا يَحْكُمُ لنفسه»[٤].

وفيه: «فلا يُقْبَلُ قوله فيه -أي: قول الوصيّ أنّ على الْمَيِّت ديناً- ولا شهادَتُهُ؛ لأنّه يشهد لنفسه بالولاية»[٥].

وفيه: «كلُّ مَنْ خاصَمَ في حقٍّ لا تُقْبَلُ شهادَتُهُ فيه»[٦].

ما جاء في الطّرق الحكمية: «التُّهْمَةُ مُؤَثِّرةٌ في باب الشّهادات،

---

(١) المهذّب للشّيرازي ٣/٥٩٧، و٦٩٨.

(٢) تكملة المجموع للمطيعي ٢٢/٢٣٠.

(٣) تكملة المجموع ٢٣/٦٣.

(٤) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٥/٤٠٥. و١٢/٣٣٨، وانظر: الإنصاف ١١/٢١٦

(٥) الْمغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٨/٥٦٢.

(٦) الْمغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ١٤/١٧٤. وانظر: ١٨٤.

والأقضية، والإقرار، وطلاق المريض وغير ذلك...، ولا يقبل حكم الحاكم لنفسه، ولا ينفذ حكمه على عدوّه...؛ لأجل التُّهْمَة»[١].

وجاء في منتهى الإرادات: «ولا يصحّ ولا يَنْفُذُ حَكمُهُ على عدوّه –بل يُفْتِي–، ولا لنفسه، ولا لِمَنْ لا تُقْبَلُ شهادَتُهُ لَهم»[٢].

هذه النّقول مع كثرتها، إلاّ أنّها لا تكرار فيها؛ لكونها موزَّعةً على أبوابٍ مختلفةٍ في الفقه، فكثرتها مع تنوّعها تدلّ على أهمّيّتها، ومدى استعمال الفقهاء لها.

شرح مفردات القاعدة:

يَحْكُمُ لنفسه: حَكَمَ، أصله: مَنَعَ منعاً لإصلاحٍ، ومنه سُمِّيتِ اللجامُ حَكَمَةَ الدّابة.

ويقال: حاكِمٌ وحُكّامٌ لِمَنْ يَحْكُمُ بين النّاس على سبيل الإلزام، والْحَكَمُ: الْمُتَخَصص بذلك. وحُكْمُ القاضي: إلزامه أمراً شرعيّاً لخَصْمٍ، وبعبارةٍ أخرى: الْجَزمُ بالْحكم الشّرعي على وجه الأمر به والْجبر[٣].

يشهد لنفسه: شَهِدَ شهادةً، أي: أخبر خبراً قاطعاً، وهو شاهدٌ، والجمع: شهودٌ وأشهادٌ. ولفظ شهد؛ يأتي في اللّغة لعدّة معانٍ منها: الْمعاينة، والْحضور، والعلم، والْحلف، والإدراك، والإخبار بالشّيء خبراً قاطعاً. بهذا يتبيّن أنّ الْمعنَى اللّغوي للشّهادة هو: الْحضور في

---

(١) الطّرق الحكمية لابن القيم ص ٢٠٧-٢٠٨.

(٢) منتهى الإرادات ٢/٣٦٠. وانظر: زاد الْمستقنع ص ١٦٢، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٩٤.

(٣) انظر: الْمفردات ص ١٣٣-١٣٥، وطلبة الطّلبة ص ٢٩٦، ومختار الصّحاح ص ١٤٨، والْمصباح الْمنير ص ٥٦، وحدود ابن عرفة مع شرحه ٢/٥٦٧-٥٦٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٦٢.

مكان الْحادثة، أو في مَجْلِسِ القضاء لأدائها؛ لأنّ الشّهادة اسمٌ من الْمشاهدة، وهي الاطّلاع على شيء عياناً[١].

والشّهادة اصطلاحاً: هي إخبارٌ يتعلّق بِمُعَيَّنٍ، أو هي: الإخبار بِحقّ شخصٍ على غيره بناء على دليلٍ حِسِيٍّ لا على اجتهادٍ وظنٍّ[٢].

الْمحكوم عليه: هو الذي يُلْزِمُهُ القاضي أمراً شرعياً.

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ قضائيةٌ جليلةٌ تعالج بعضاً من أحكام أركان في القضاء:الحاكم أو القاضي، والحاكم له، والمحكوم به وهو الشّهادة، والمحكوم عليه، وتُخرَّج على الأوَّلَين مسألة: تولِّي الشّخص الواحد طَرَفَي العقد[٣]، و بخاصة أنّها مناسبة إيراد الإمام ابن رشد لهما.

فالقاعدة الأولى نصٌّ أنَّ الإنسان لا يكون حَكَماً ولا شاهداً لنفسه؛ لأنّه يلحقه في ذينك التّهمةُ[٤]، فإذا حكم لنفسه فالحكم ينتقض ويفسخ إمّا منه نفسه أو من غيره.

وكذلك إذا شهد لنفسه؛ فإنّ شهادته مردودةٌ للتّهمة[٥].

---

(١) انظر: الْمفردات ص ٢٧١-٢٧٣، ومختار الصّحاح ص ٣٤٩، الْمصباح الْمنير ص ١٢٤، وطرائق الْحكم ص ٣٣.

(٢) انظر: الفروق ١/٤-٥، وتبصرة الْحكام ١/١٦٤، وحدود ابن عرفة مع شرحه ٢/٥٨٢، و٥٨٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٣٧، وطرائق الْحكم ص ٣٤.

(٣) انظر مثلاً: البدائع ٢/٤٨٨-٤٨٩، و٣/٢٢٩، والفروق ٤/٤٣، ومختصر المزني ص ٢٣١، والمهذب ٢/٦٩٠-، والمجموع ١٧/١٨٤، والمغني ٩/٩٤، و٩٥.

(٤) انظر: التّلقين ص ٥٣٤-٥٣٥، والفروق ٤/٤٣، وبداية المجتهد ٤/٤٤٨، والْمغني ٨/٥٦٢.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٠٧، والمعونة ص ١٥١٩، وعقد الجواهر ٣/١٠٣٦، والذّخيرة =

تنبيهٌ: وفي معنَى حكمه وشهادته لنفسه؛ حكمه وشهادته لكلِّ مَنْ كان في عياله ونفقته؛ فكلّ مَنْ لا تَجوز شهادته له؛ كولده ووالده، ويتضمّن ذلك عمُودَيِ النّسب الأعلى والأسفل، لا يَجوز حكمه له، ويصرف الْحكم في ذلك إلى غيره؛ لأنّ التّهمة قويّةٌ في منافعه، ويجوز أن يقضي ويشهد عليه[1].

قال الإمام مالك: الذين لا تَجوزُ شهادتهم من ذي القرابة: الأبوان، والْجَدُّ، والْجَدَّةُ، وولدُ الولد من ذكورٍ وإناث، وأحد الزّوجين للآخر، وتجوز شهادة مَنْ وراء هؤلاء من القراباتِ[2].

ووجه ذلك: أنّ قرابة الأبوّة والبُنوَّة آكدُ، والتّهمة فيهم أقوى، وَجَرَتِ العادةُ ببسْط هؤلاء في مال بعضٍ، وكذلك الزّوجة؛ فإنّ الزّوجَ يُنْفِقُ على الزّوجة وينبسط في مالها.

فعُلِمَ بهذا أنّ مدارَ إعمال هذه القاعدة التُّهمةُ، فهي الوصف المؤثِّر في الحكم والشّهادة، يتعلّق بها الحكم وجوداً وعدماً، تحقيقاً ونفياً. قال في الذّخيرة: «التُّهمة قادحةٌ في التّصرّفات على الغير إجماعاً»[3].

=

١٠/٢٥٩-٢٦٤-٢٦٩-٢٨٨، والْمغنِي ٥٦٢/٨، والطّرق الحكمية ص ٢٠٢، والإنصاف ٢١٦/١١.

(١) انظر: التّلقين ص٥٣٤-٥٣٧، المنتقى١٧١/٧،وعقد الجواهر١٠٣٦/٣،وجامع الأمّهات ص٤٦٤، والقوانين الفقهية ص ١٩٦، ونظام القضاء ص ٢٣٠، وقواعد نظام القضاء ص ٧٤، و٩٨، و١٠٦.

(٢) انظر: الرّسالة ص ٢٤٦، والمعونة ص ١٥١٩، والْمُنتقى ١٧٠/٧-١٧١، وانظر: والمهذّب ٦٩٨/٣، ومختصر الخرقي ١٨١/١٤، والْمغنِي ١٨١/١٤، و١٨٤.

(٣) الذّخيرة للقرافي ١٠٩/١٠.

وقد كانت التّهمة مانعةً أساسيةً كبيرةً من موانع قبول شهادة العدول، بل هي أصلها؛ حيث رُدَّت شهادةُ العدول بِتُهمة: القرابة، والنّكاح، والْملاطفة -أي: الإحسان والبِرّ-، والعداوة، وجَرِّ الشّاهد النَّفعَ لنفسه، والحرص على القَبول بزوال معرة الكذب، والإحسان، وبطلان الحقّ، وعدم الضّبط من جهة العقل، والحرص على منصب الشّهادة بالابتداء بها حيث لا تجب، والرّيبة[(١)].

وبهذا عُلِمَ أنّ القاعدة أصلٌ كبيرٌ من قواعد النّقض القضائي والإبرام، وأنّهُ مَتَى انتفت التّهمة وجب قبول الشّهادة لتحقّق مقتضى قبولها[(٢)].

أمّا القاعدة الثّانية؛ فإنّها تفيد أنّ الإنسان الذي يُحْكَمُ عليه لا يكون حاكماً على نفسه، فهي -أيضاً- قاعدةٌ قضائيةٌ صحيحةٌ؛ إذ العدالة شرطٌ من شروط القاضي أو الشّاهد؛ وهي عند الفقهاء: الامتناعُ عن الكبائر، وعدمُ الإصرار على الصّغائر، والتّرفعُ عَمّا يقدح في الْمروءة[(٣)]؛ فالفاسق لا يتولّى القضاء، يدلّ على ذلك: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ**

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٣٢-٣٣٨، والرّسالة ص ٢٤٦، والمعونة ص ١٥١٩، و١٥٣٢، والمنتقى ٧/١٧١، والفروق ٤/٤٣-٤٤، والذّخيرة ١٠/٢٥٩، و٢٦٥-٢٦٦، و٢٦٩، و٢٨١-٢٨٣، و٢٨٦-٢٨٧، والمهذّب ٣/٥٩٧، و٦٩٤-٦٩٥، و٦٩٨، ومختصر الخرقي ١٤/١٧٤، والْمغني ١٤/١٧٤-١٧٨، و١٨١، و١٨٤-١٨٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/٦٧٤-٦٨٢.

(٢) انظر: الْمغني ١٤/١٧٨، و١٨١، ونظام القضاء ص ٢٢٩-٢٣٠، وقواعد نظام القضاء ص ٧٤، و٩٨، و١٠٦.

(٣) انظر: فصل المقال ص ٦١-٦٣، و٦٦، و٩٤، ومقدّمة تَحليليَّة لفصل المقال ص ٦١-٦٣، و٦٦.

إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين ﴾[١].

وجه الاستدلال منها: أنّ الله -تعالى- أَمَر بالتّبيُّن عند قول الفاسق؛ فلا يَجوز أَنْ يكون القاضي مَنْ لا يُقْبَلُ قولُهُ، ويَجبُ التّبيُّن عند حكمه.

-وأيضاً- فإنّ الفاسقَ لا يَصلح أَنْ يكون شاهداً فَمِنْ بابِ أَوْلَى أَلاّ يكون قاضياً[٢].

أمّا الإنسانُ إذا أقرّ على نفسه بِحَقٍّ أُخِذَ بإقراره مطلقاً إذا كان بالغاً عاقلاً مختاراً، صحيحاً سليم الذّهن، غير مُتَّهَمٍ في إقراره؛ لأنّ التّهمة تخلّ برجحان جانب الصّدق على جانب الكذب في إقراره، فإذا توفّرت الشّروطُ أُلْزِمَ بإقراره؛ لأنّ حُكْمَهُ أو شهادَتَهُ لنفسه إنّما رُدَّت للتّهمة في إيصال النّفع إلى نفسه، ولا تهمة فيما لو أقرّ على نفسه؛ ولأنّ الإقرار طريقٌ من طرق الإثبات لا الحكم[٣].

ولَمَّا كان مدارَ إعمال القاعدة التُّهْمَةُ، والقاعدة: أنّ للتُّهمة تأثيراً في الشّرع، وأنّها تقدح في التّصرّفات إجماعاً في الْجُملة، إلاّ أنّها مختلفةُ المراتب؛ فمنها تُهمةٌ مُعتبَرَةٌ مُؤَثِّرةٌ إجماعاً، ومنها عكسه، ومنها وسط بينهما اخْتُلِفَ فيها[٤].

إذا تقَرّر هذا، فكلّ مَنْ لا تَجوزُ شهادته له لا يَجوز حكمه له.

---

(١) سورة الْحجرات، الآية: ٦.

(٢) انظر: نظام القضاء ص ٢٦، و١٥١، والمجموع ٢٦٤/٧،

(٣) انظر: الْمغني ١٨٢/١٤، وتكملة المجموع ٦٨/٢٣، ونظام القضاء ص ١٣٥-١٣٨، وقواعد نظام القضاء ص ٩٣-١٠١.

(٤) تأتي هذه الجزئية في القاعدة التّالية [٦٥] الخاصّة بتقرير تأثير التّهمة في الشّرع، إن شاء الله تعالى.

وحيث مُنِعَ من حكمه لنفسه أو لِمَنْ يعول عليه، فإذا دَعَت الْحاجةُ إلى ذلك؛ كما إذا لَمْ يوجد كفءٌ للقضاء غيره، أو رضي الخصم؛ فإنّه يفعل، ويشهد على ذلك، ويجتهد في الحقّ؛ فإن قضى لنفسه، أو لِمَنْ يَمْتَنِعُ قضاؤه له؛ فليذكر القصّةَ كلَّها، ورضى خصمه وشهادةَ مَنْ شهد برضى الخصم.

وإذا فعل ذلك في مواطن خلاف العلماء، ثم رأى أفضل منه؛ فالأحسن فَسْخُهُ، فإِنْ ماتَ أو عُزِلَ فلا يفسخه غيره إلاّ في الخطأ البَيِّن.

وإِنْ فعل ذلك على نفسه أو لِمَنْ لا تَجوزُ شهادته له في موطن خلافٍ شاذ؛ فالأحسن أَنْ لا يفسخه؛ لأنّه لا يُتَّهَمُ فيه[(١)].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

أجمعت المذاهب الفقهية على معنَى القاعدة، وإعمالها في الجملة؛ حيث أَجْمَعوا[(٢)] على أنّ التُّهمةَ تقدح في التّصرّفات من حيث الجملة

---

(١) انظر: الفروق ٤/٤٣-٤٤، والذّخيرة ١٠/١٠٩-١١٠، وتهذيب الفروق ٤/١١٣، والإنصاف ١٠/٢٤١.

(٢) حكَى الإجماع الباجي في الْمُنتقى ٧/١٦٨، وابن رشد في بداية المجتهد ٤/٤٥١، والقرافي في الفروق ٤/٤٣، والذخيرة ١٠/١٠٩-١١٠، ومحمّد في تهذيب الفروق ٤/١١٣، والمرداوي في الإنصاف ١١/٢١٦. مع مخالفة ابن حزم في ذلك كلّه، ولعلّهم لم يعتبروا خلافه، كما يفهم من قوله الإمام الباجي: «ورُوِيَ عن مَنْ لا يُعْتَدُّ بخلافه جواز شهادة الآباء للأبناء، والأبناء للآباء».وانظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٠٧، والمقدّمات ٢/٢٨٨، وبداية المجتهد ٤/٤٤٧-٤٥١، وعارضة الأحوذي ٩/١٧٨، ومختصر المزني ص ٤١٦، والمهذّب ٣/٥٩٧، و٦٩٤-٦٩٥، وتكملة المجموع ٢٣/٦٣، ومختصر الخرقي ١٤/١٧٤، والْمغني ٨/٥٦٢، و١٤/١٧٤،
=

قضاءً كانت أو غيرَهُ، وأنّه حيث ظهرت التّهمة بطلت الْحُجَّةُ. وإن اختلفوا في تحقيق التّهمة وثبوتها

كما أجمعوا[١] في الجملة على أنّ كلَّ مَنْ لا تَجُوزُ شهادَتُهُ لــه لا يَجُوزُ حُكْمُهُ له، وإن اختلفوا -أيضاً- في تحقيق ذلك بناءً على اختلافهم فيما تعتبر التّهمة، وذلك؛ لأنّ حُكمَ الْحاكِم لازمٌ للمَقضِيّ عليه؛ فهــو أولَى بالرّدّ من الشّهادة؛ لأنّ فوق الشّاهد مَنْ يَنْظُر عليه وهو الْحَــاكِم فيضعف الإقدامُ على الباطل؛ فتضعف التّهْمَة، والْحَاكِم ليس فوقه مَــنْ يَنْظُر في أمره فتوفّرت داعيةُ التّهمة.

أمّا القاعدة الثّانية؛ فإنّها مجمعٌ عليها أيضاً؛ لأنّ منصب القضــاء منصبٌ عظيمٌ،والقاضي لا بدّ أن يتّصف بعلوّ المكانة والمهابة والاحترام[٢]، بخلاف الْمحكوم عليه، وربّما ارتكب جريمةً تقتضي قتله، فكيف يكون الْمُجرمُ يُحْضَرُ إلى مَجلس الحكم مُكَبَّداً وقاضياً؟! إنْ هذا لإسنادُ الأمــر إلى غير أهله. ولأنّه يشترط فيه العدالة كما تشترط في الشّهادة؛ فإذا كان الفاسق لا يكون شاهداً فمِنْ باب أَوْلَى أَنْ لا يكون حاكماً.

=

ومنتهى الإرادات ٣٦٠/٢، وشرح الْمنتــهى ٤٩٤/٦، والإنصــاف ٢٤١/١٠، و٢١٦/١١، والْمحلّى ٢٠٥/٨-٥١٣.

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: عقد الجواهر ١٠٠٢/٣، و١٠١٢-١٠١٣، والمهذّب ٥٩٣/٣، و٦٠٢.

من أدلّة القاعدة:

١-يُسْتَدَلّ للقاعدة بحديث[١] قصّة الإفك الطّويل؛حيث لَمْ يُحْكَم فيها النَّبِيّ ﷺ إلاّ بعد نُزُول الوحي؛ لأنّه ﷺ لَم يَجْزِم في القصّة بشيءٍ قبل نزول الوحي؛ فدلّ أنّه لا يَحْكُمُ لِنفسه، وغيره مِن باب أَوَلَى أَنْ لا يُحْكَمَ لنفسه[٢].

٢-قول النَّبِيّ ﷺ : ((لا تُقْبَلُ شهادةُ خَصْمٍ ولا ظَنِينٍ[٣]))[٤].وفي روايةٍ:

---

(١) حديث قصّة الإفك؛ أخرجه بطوله من حديث عائشة رضي الله عنه؛ البخاري في صحيحه ٣١٦/٨، كتاب التّفسير، باب: ﴿لَوْلَآ إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بِأَنفُسِهِمْ خَيْرًا وَقَالُوا۟ هَٰذَآ إِفْكٌ مُّبِينٌ﴾ إلى: ﴿هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ﴾، [سورة النّور، الآيتان: ١٢-١٣]، برقم: (٤٥٦٥)، ومسلم في صحيحه ٢١٢٩/٤، كتاب التّوبة، باب في حديث الإفك، برقم: (٢٧٧٠).

(٢) انظر: فتح الباري ٣٤٨/٨.

(٣) الظّنين من الظّنّة، وهي: التّهمة. انظر: المنتقى ١٦٨/٧، وعارضة الأحوذي ١٧٨/٩، والنّهاية ١٦٣/٣، والذّخيرة ١٠٩/١٠، و٢٦٤، و٢٦٦، والمهذّب ٦٩٥/٣، و٦٩٧.

(٤) رواه مالكٌ في موطّئه ٧٢٠/٢، كتاب الأقضية، باب ما جاء في الشّهادات، بلاغاً موقوفاً على عمر رضي الله عنه، ورواه أبو داود في المراسيل ص ٢٨٦-٢٨٧، برقم: (٣٩٦-٣٩٧)، ، باب ما جاء في الشّهادات، والبيهقي٢٠١/١٠،والحاكم في المستدرك ٩٩/٤ بنحوه.وصحّحه الحاكم ووافقه الذّهبي.
ونقل الْمُطيعي عن إمام الحرمين في (النّهاية) قوله: ((اعتمد الشّافعي خبراً صحيحاً هو أنّه ﷺ قال: (لا تُقْبَل شهادةُ خصم على خصمه))).
وقال الحافظ ابن حجر في التّلخيص ٣٧٤/٤: ((ليس له إسنادٌ صحيحٌ؛لكن له طرقٌ يقوِّي بعضُها بعضاً)).
وانظر: الاستذكار١٠٥/٦، والذّخيرة ١٠٩/١٠، هامش (١)، والمجموع ٦٢/٢٣-٦٣، والْمغني ١٥١/١٤-١٥٢، و١٧٥.

٣-أنّ رسول الله ﷺ : رَدَّ الْخائن والْخائنة، وذي الغمْر[١] على أخيه، ورَدَّ شهادة القانعِ[٢] لأهل البيت، وأجازها لغيرهم[٣]. وفي روايةٍ:

٤-«لا تَجَوزُ شهادةُ خائنٍ ولا خائنةٍ، ولا زانٍ ولا زانيةٍ، ولا ذي غِمْرٍ على أخيه»[٤].

---

(١) قال أبو داود: «الغمْرُ: الْحنَةُ والشّحناء». وهو الذي بينه وبين الْمَشهود عليه عداوةٌ ظاهرةٌ، فرَدَّ شهادته للتّهمة. سنن أبي داود ٤/٢٥، ومعالم السّنن ٤/٢٥، وعارضة الأحوذي ٩/١٧٠.

(٢) قال أبو داود: «القانعُ: الأجير التّابع، مثل الأجير الْخاص». والقانع: السّائل والمستطعم، وأصل القنوع: السّؤال. ويقال: إنّ القانع: الْمُنْقَطِعُ إلى القوم لخدمتهم، ويكون في حوائجهم كالأجير والوكيل ونحوه. انظر: المراجع نفسها.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٢/٢٠٤، وأبو داود في سننه ٤/٢٤، كتاب الأقضية، باب مَنْ تُرَدُّ شهادته، برقم: (٣٦٠٠)، وابن ماجه ٢/٧٩٢، كتاب الأحكام، باب مَنْ لا تَجُوز شهادته، برقم: (٢٣٦٦)، وعبد الرّزّاق في مصنّفه ٨/٣٢٠، والدّارقطني ٤/٢٤٤، والبيهقي ١٠/٢٠٠، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، واللّفظ لأبي داود والبيهقي. وهو حسنٌ. انظر: الذّخيرة ١٠/٢٦٦، هامش (٤)، وتلخيص الحبير ٤/٣٧٤.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ٤/٢٥-٢٦، في الموضع نفسه، برقم: (٣٦٠١)، والتّرمذي في سننه ٤/٤٧٣، كتاب الشّهادات، باب ما جاء فِيمَنْ لا تَجُوز شهادته، برقم: (٢٢٩٨)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

وقال التّرمذي في سننه ٤/٤٧٣: «هذا حديثٌ غريبٌ لا نعرفه إلاّ مِنْ حديث يزيد بن زياد الدِّمشقي، ويزيد يُضَعَّفُ في الْحديث، ولا يُعْرَف هذا الحديث مِنْ حديث الزّهريّ إلاّ مِنْ حديثه».

وقال ابن العربي في عارض الأحوذي ٩/١٧٠: «هذا الحديث أسنده عن يزيد بن زياد الدِّمشقي عن الزّهري عن عروة عن عائشة، ولا يُعْرَف مِنْ حديث الزّهري، ويزيد بن زياد مُنْكَرُ الحديث، ولعلّه خلط فيه». ثم قال: «فهذه الألفاظ التي ذكر أبو عيسى، إنّما هي مرويةٌ عن عمر، وليس في هذا الباب عن النّبيّ عليه السّلام شيءٌ له أصلٌ». عارضة الأحوذي ٩/١٧٣.

=

وجه الاستدلال من الأحاديث: حيث أفادت أنّ رَدَّ الشّهادة كان للتّهمة في جرّ النّفع إلى نفسه، أو دفع المغرم عنه؛ لأنّ التّابع لأهل البيت ينتفع بما يصير إليهم من نفعٍ، ويتضرّر بمغرمهم، وكلّ مَنْ جَرَّ إلى نفسه بشهادته نفعاً فهي مردودةٌ، كَمَنْ شهد لرجلٍ على شراء دارٍ وهو شفيعها، وكَمَنْ حَكَم له على رجلٍ بدينٍ وهو مُفْلسٌ، فَشَهِدَ للمفلس على رجلٍ بدَينٍ ونحوه؛ فإذا رُدَّتِ الشّهادة فالحكم أَولَى[1].

٥- أثر عمر بن الخطاب ﷺ ضمن كتابه إلى أبي موسى الأشعري: «الْمُسلمون عُدُولٌ بينَهم»، أو قال: «عُدُولٌ بعضُهم على بعضٍ إلاّ خصماً أو ظنيناً مُتَّهَماً». وفي رواية: «أو ظَنيناً في وَلاء أو قَرابة»[2].

وجه الاستدلال من الأثر: حيث أفاد أنَّ شهادةَ الظّنين الْمُتَّهم لا تُقْبَلُ لأجل التّهمة، ويلحق به حكمه[3].

=

وقوّاه ابن حجر في تخليص الحبير ٣٦٤/٤، وحسّنه الألباني في: صحيح ابن ماجه برقم: (١٩١٦)، والجامع الصّغير برقم: (١٣١٩٢)، ومشكاة المصابيح برقم: (٣٧٨١، و٣٧٨٢).

(١) انظر: معالم السّنن ٢٥/٤.

(٢) أورده الحافظ ابن عبد البرّ بسنده في الاستذكار ١٠٥/٦-١٠٧. ثم قال: «وهذا الخبر رُوِيَ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه منْ وجوه كثيرة؛ منْ رواية أهل الحجاز، وأهل العراق، وأهل الشّام، ومصْرَ، والحمد لله». الاستذكار ١٠٧/٦.
وصحّحه الباجي في الْمنتقى ١٧٠/٧؛ حيث قال بعد ذكر الأثر: «وهذا مذهب علماء الأمصار، ورُوِيَ عن مَنْ لا يُعْتَدُّ بخلافه جواز شهادة الآباء للأبناء، والأبناء للآباء. والدّليل على ما نقولُهُ حَديثُ عَمَرَ هذا. وقد اتّفق العُلَمَاءُ على تصحيحه والأخذ به».

(٣) انظر: الذّخيرة ١٠٩/١٠.

٦-أثر عمر بن الخطاب أنّه تَحَاكَمَ مع أُبَيّ بن كعب إلى زيد بن ثابتٍ -رضي الله عنهم- [(١)]، ولَم يُحْكُم لنفسه.

٧-وتَحَاكَم عثمان بن عفّان وطلحة إلى جُبير بن مُطعم -رضي الله عنهم-[(٢)].

٨-وقول الزّهري -رحمه الله-: «مَضَت السّنةُ في الإسلام؛ ألاَّ تَجوزَ شهادةُ خَصْمٍ ولا ظَنين»[(٣)]، وذلك لِموضع التّهمة.

مسألةٌ: هل يَنْتَقِضُ حكمُ القاضي بِمُجَرَّد كونه لنفسه أو لِمَنْ يعول عليه ممَّنْ لا تَجوزُ شهادتُهُ له ولو كان بذاته صحيحاً وسليماً؟ أم يُقَالُ: لا بُدَّ مِنْ أَنْ يظهر معيباً وغيرَ سليمٍ بسبب لحوق التّهْمة؟

هذه مسألةٌ تَنْبَني على مسألةٍ أصوليّةٍ معروفةٍ باقتضاء النّهي فسادَ الْمَنْهِي عنه[(٤)].

وتحريرها أَنْ يُقَالَ: الْمَنْهِيَات على قسمين:

القسم الأوّل:قسمٌ مَنْهِيٌّ عنه ولَمْ يتوجَّه إليه طلبٌ قط؛ مثاله:قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾[(٥)]، وقوله -تعالى-:

---

(١) أخرجه البيهقي في السّنن الكبرى ١٠/١٤٤.
انظر: الذّخيرة ١٠/١٠٩، والمهذّب ٣/٥٩٧، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٩٤.

(٢) انظر: المهذّب ٣/٥٩٧.

(٣) انظر: المغني ١٤/١٧٧.

(٤) انظر: إحكام الفصول ص ٢٣٤-٢٣٦، والمقدّمات ٢/٢٨٨، وروضة النّظار ٢/٤٢٨، ومختصر الرّوضة ٢/٤٣٠ فما بعدها، والطّرق الحكمية ص ٢٠٢، ومذّكرة أصول الفقه ص ٢٤٢، وتسهيل الوصول ص ٢٩.

(٥) سورة الإسراء، الآية: ٣٢.

﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا﴾[1].

وهذا النّوع من الْمَنْهي عنه لذاته؛ أي: لقبحه في نفسه، مُحَرَّمٌ قطعاً وباطلٌ لزوماً، وما ترتّب عليه باطلٌ كذلكَ؛ كالولد من الزّنى لا يلحق بأبيه، وعَمَلُ الْمُشْرِك لا يُثاب عليه، ولا خلاف أنّ النّهي يقتضي فساد الْمَنْهي عنه.

القسم الثّاني: قسمٌ مَنْهِيٌّ عنه مِنْ وجهٍ مع وجود أمرٍ به من وجهٍ آخر، وهذا القسم على ثلاث صورٍ:

الصّورة الأولى: الْمَنْهِيُّ عنه لصفته. مثاله في العبادات: نَهْي الحائض عن الصّلاة، ونَهْي السّكران عنها أيضاً. وفي الْمعاملات: النّهي عن بيع الْملاقيح؛ وذلك لِجَهالة الْمَبيع.

ومسألتنا تدخل تَحت هذه الصّورة؛ لاتّصاف القاضي أو الشّاهد بأنّه يقضي أو يشهد لنفسه، أو لِمَنْ يعول عليه. ووجه ذلك: أنّ ولاية القضاء تتناوله، وصادف فيه الْحُجّةَ والدَّليلَ والسّببَ، فهو صحيحٌ مأمورٌ به من هذا الوجه، غيرَ أنَّهُ مُتَّهَمٌ فيه لكونه قضى لنفسه؛ فيفسخ؛ لأجل قاعدة التُّهمة تقدح في التّصرّفات[2].

وقد تقدّم أنّ النّهيَ في القسم الأوّل يقتضي فسادَ الْمنهي عنه بلا خلاف،ولا خلاف أيضاً في الصّورة أنّ النّهي يقتضي فسادَ الْمَنْهي عنه[3].

---

(١) سورة النّساء، الآية: ٣٦.

(٢) انظر: الفروق ٤/٤٣.

(٣) انظر: المراجع السّابقة أوّل المسألة للوقوف على أدلّتهم. وانظر: نظام القضاء ص ٢٣٠، وقواعد نظام ص ٧٤-٧٥.

والصّورة الثّانية: الْمَنْهِيُّ عنه لأمرٍ لازمٍ له. مثاله في العبادات: النّهي عن الصّوم يوم العيد؛

=

إذا تقرّر هذا؛ فإنّ مِنْ موجبات نقض الحكم أو الشّهادة تَحقُّق التّهمة الْمؤثِّرة في حقّ القاضي أو الشّاهد دون حاجةٍ إلى فحص الْحكم أو الشّهادة، والتّأكّد من تأثّره بما دعا إلى التّهمة؛ فمتَى حَكَمَ حاكمٌ أو شَهِدَ شاهدٌ لنفسه أو لأحد عمودي نسبه الأعلى أو الأسفل نقض حكمه أو شهادته دون حاجة للنّظر في الحكم لِمعرفة كونه حقّاً أو باطلاً، لأنّ الْحاكم لا يحكم لنفسه أصلاً.

وما يذكره العلماء من أوجه الجواز يعتبر مُستَثْنَياتٍ لِمَا دعت إليه الضّرورة. والله -تعالى- أعلم[1].

مسألة: إذا اجتمع ما فيه تهمةٌ وما لا تهمةَ فيه. مثاله: أَنْ يشهد بشهادةٍ لنفسه ولأجنَبِي، كما لو شهد شاهدٌ أنّ رجلاً أوصى له ولغيره بوصية مالٍ، أو شَهِدَ بِحقٍّ واحدٍ لأبيه ولأجْنَبِيٍّ، ففيه خلافٌ على النّحو التّالِي:

قيل: يُرَدُّ جَمِيعُها؛ أي: لا تجوز شهادة الْمُوصَى له لنفسه ولا لغيره؛ فَيُفْسَخُ الحكم، وتُرَدُّ الشّهادة؛ لأنّه مَتَى بَطَلَ بَعْضٌ منهما للتّهمة

=

لِمَا يلزمه من الإعراض عن ضيافة الله في ذلك اليوم. وفي الْمعاملات: النّهي عن بيع العبد الْمسلم لكافر إذا لَم يُعتَق عليه؛ لِمَا فيه من ولاية الكافر على الْمسلم الْمبيع.

والصّورة الثّالثة: الْمَنْهِيُّ لأمر خارجٍ عنه.مثاله في العبادات: النّهْي عن الوضوء بمَاءٍ مغصوب، أو الصّلاة في أرضٍ مغصوبةٍ. وفي المعاملات: النّهي عن البيع بعد النّداء لصلاة الْجمعة. انظر: المراجع السّابقة.

(١) انظر: التّلقين ص ٥٣٥، والمقدّمات ٢/٢٨٨، والفروق ٤/٤٣-٤٤، والذّخيرة ١٠/١١٠، و٢٦٥، والإنصاف ١٠/٢٤١.

بطل جَميعُها[١].

وقيل بعكسها، يعني: تُقْبَلُ شهادتُهُ لهما[٢].

وقيل: تَجوزُ شهادتُهُ لغيره ولا تَجوز لنفسه؛ لأنَّ كلَّ شهادةٍ لَمْ تُبْطِلْ بَعْضَها تُهْمَةٌ؛ فإنَّهُ لا يَبْطُلُ جَميعُها[٣].

والذي يترجّح في نظري والعلم عند الله؛ القول بقبول شهادته لغيره دون نفسه، أمّا هو فيحتاج إلى شهادة غيره، أو يأتي ببيّنة[٤]. وذلك لما يأتي:

١-قوله -تعالى-: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾[٥].

٢-ما تقرّر عند أهل العلم فيما إذا كان للنَّهي جهتان: هو من إحداهما مأمورٌ به، ومِنَ الأخرى مَنْهِيٌّ عنه؛ فإنّهم مُتَّفقون[٦] على أنّ جهة

---

(١) هذه رواية ابن وهب عن الإمام مالك، وهو الذّي شهّره ابن رشد الْجدّ في المذهب المالكي، وقولٌ للشّافعية، وهو مذهب الحنابلة بناءً على قولهم بأنّ النّهي يقتضي فساد الْمَنْهي مطلقاً.

انظر: المرّاجع السّابقة أوّل مسألة اقتضاء النّهي فساد الْمنهي.

وانظر: التّلقين ص ٥٣٦، والمعونة ص ١٥٢٠، والْمنتقى ١٦٩/٧، والمقدّمات ٢٨٩/٢-٢٩١، والمهذّب ٦٩٩/٣، ومختصر الخرقي ٢٦٨/١٤، والْمغني ٢٦٩/١٤.

(٢) وهو قول ابن القاسم، ورواية مطرف عن الإمام مالك.

انظر: التّلقين ص ٥٣٦، والْمنتقى ١٦٩/٧، والمقدّمات ٢٨٩/٢-٢٩١.

(٣) وهو قول ابن الماجشون، ومذهب الشّافعية، ومُخرَّجٌ عند الحنابلة.

انظر: التّلقين ص٥٣٦، والمعونة ص١٥٢٠، والْمنتقى١٦٩/٧، والمقدّمات ٢٨٩/٢-٢٩١، والمهذّب ٦٩٩/٣، والْمغني ٢٦٩/١٤، وشرح منتهى الإرادات ٦٨٢/٦.

(٤) انظر: المعونة ص ١٥٢٩، والذّخيرة ٢٧٣/١٠-٢٧٧، ومواهب الجليل ١٣٥/٨، و١٣٦، والمهذّب ٦٩٩/٣. وانظر: المراجع السّابقة.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

(٦) انظر: المراجع السّابقة أوّل مسألة اقتضاء النّهي فساد الْمنهي عنه.

الأمر إنِ انْفَكَّت عن جهة النَّهْي لِم يقتض الفساد، وإنْ لم تَنْفَكَّ عنها اقتضاه، ولكنّهم اختلفوا في تحقيق انفكاك الجهة، ومنْ ثَمَّ يقع بينهم الخلاف، وهنا؛ الْجهة مُنْفكّة في نظري؛ فهو مقبولُ الشّهادة لغيره، ومردودٌ لنفسه.

٣-ولأنّ التّهمة إنّما تَختصّ به، ولا تُهمةَ في شهادته لغيره؛ فتَبْطُلُ شهادَتُهُ له، وتَصِحُّ لغيره[١]. والله أعلم.

وأمّا لو شهد اثنان كلّ واحدٍ منهما شهد لصاحبه بحَقٍّ واحد، فهذا لا يَخلو إمّا أَنْ يكون الْحقّ لا يقبل مناصفةً؛ كَكتابٍ واحدٍ، فلا تُقْبل شهادتُهما في الجميع.

وإمّا أنْ يكون الْحقُّ يقبل مناصفةً، وكانا ممَّن تُقْبَلُ شهادةُ كلّ واحدٍ لصاحبه،حلف كلٌّ واحد منهما مع شهادة صاحبه فاستحقّ حقَّه[٢].

وأمّا إن كانا ممَّن لا تُقْبَلُ شهادةُ أحدهما للآخر فشهادتهما مردودة؛ لأنّه جرى مَجرى شهادته لنفسه[٣].

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّه إذا كان بين الْخليفة و رجلٍ دعوى تَحَاكما إلى رجلٍ يرضيانه؛ لأثر الصّحابة الآنف الذّكر، ولأنّه لا يقضي لنفسه[٤].

---

(١) انظر: الْمنتقى ١٦٩/٧، والمقّدمات ٢٨٨/٢-٢٩١.

(٢) انظر: الْمقدّمات ٢٩٠/٢.

(٣) انظر: المعونة ص ١٥٢٩.

(٤) انظر: الفروق ٤٤/٤، والذّخيرة ١٠٩/١٠، و٢٧٢، والمهذّب ٥٩٧/٣، وتكملة المجموع ٢٣٠/٢٢.

٢-أنّهُ لا يقضي لنفسه، ولا لِمَنْ لا تَجوز شهادته له؛ كولده ووالـده، ويتضمّن ذلك عمُودَي النّسب الأعلى والأسفل، ويصرف الْحكم في ذلك إلى غيره، ويجوز أن يقضي عليه[1].

٣-أَنَّ الشّهادة إذا جَرَّت إلى الشّاهد مغنماً أو دفعت عنه مغرماً لا تُقْبَلُ، وبعبارةٍ أخرى: كلّ مَنْ كان في عيال إنسان ونفقته، وتنالُهُ صلتُهُ، لا تُقْبَلُ شهادة الْمُنْفَقِ عليه للمُنْفِقِ؛ لأنّ منفعةَ الْمُنْفِقِ بالمشهود بـه في النّفقة وهو شريكه فيها؛ فكأنّه شهد لنفسه؛ بناءً على هذا؛

٤-فَشَهَادَةُ الوالد وإنْ علا لولده وإنْ سفل، وعكسـه غَيْـرُ مقبولـة، ويتضمّن الأجداد والجدّات من قبل الأب والأم؛ لأنّ عمودَيِ النّسب الأعْلَى والأسفل ينتفع البعض بِمال البعض عادَّةً، فيتحقّق معنَى جـرّ النّفع والتّهمة والشّهادة لنفسه فلا تقبل[2].

ولأنّه لا تُهْمَةَ أقوى مِنْ شَفقة الآباء للأبناء، ومَحَبَّة الأبناء في الآباء؛ ولأنّ الإنسان إنّما تُرَدُّ شهادتُهُ لنفسه للتّهمة، ومِنَ النّاس مَنْ تكون مَحَبَّتُهُ لِبنيه

---

(١) انظر: معالم السّنن ٢٥/٤، والتّلقين ص ٥٣٥، وعقد الجواهر ١٠١٤/٣، و١٠٣٣، وجامع الأمّهات ص ٤٦٤، والذّخيرة ١٠٩/١٠-١١٠، و٢٥٩-٢٦١، والقوانين الفقهيـة ص ١٩٦، ومختصر الْمزني ص ٤١٦، والمهذّب ٥٩٧/٣، ومنتهى الإرادات ٤٠٦/٢.

(٢) انظر: معالم السّنن ٢٥/٤، وبـدائع الصّـنائع ٤٠٩/٥، والمعونـة ص ١٥٢٩-١٥٣٠، والتّلقين ص ٥٣٥، والْمنتقى ١٧٠/٧، و١٧١، وعارضـة الأحـوذي ١٧٩/٩، وعقد الجواهر ١٠٣٣/٣-١٠٣٤، و١٠٣٦، وجـامع الأمهّـات ص ٤٧١، والذّخيرة ٢٥٩/١٠-٢٦٣، و٢٨٢، والقوانين الفقهية ص ٢٠٣، ومختصر الْمُزني ص ٤١٦، والمهذّب ٥٩٧/٣، وتكملة المجمـوع ٢٣٠/٢٢، و٦٣/٢٣، و٦٨، ومختصر الخرقي ١٧٤/١٤، و١٨١، والْمغني ١٨١/١٤، ومنتهى الإرادات ٤٠٦/٢، وشرح منتهى الإرادات ٤٩٤/٦، و٦٧٦.

تَربو على مَحبّته لنفسه، أو تُقاربها فيجب أن لا تَجوز شهادته[١].

ولوجود البعضية بين الأبوّة والبنوّة؛ لقول النّبيّ ﷺ : «فإنّما ابْنَتِي بَضْعَةٌ مِنّي، يُرِيبُنِي ما أَرَابَها، ويُؤْذِينِي ما أَذَاهَا»[٢].

وجه الاستدلال منه: حيث دلّ على أنّ بنوّةً قطعةُ لَحمٍ من أبوّة؛ لأنّ نفسَهُ كنفسه، ومالَهُ كماله[٣].

٥-أمّا دفع الْمَغرم عنه؛ فمثالَه: شهادةُ الْمُنْفق للمُنْفَق عليه في مالٍ؛ لأنّه يدفع بذلك النَّفَقَةَ عن نفسه[٤]، ومثل أَنْ يشهدَ الْمشهودُ عليه بِجَرحِ الشّهود، أو تشهدَ عاقِلَةُ القاتِل خطأً بِجَرْحِ الشّهود الذين شهدوا به؛ لأنّ الشّاهدَ مُتَّهَمٌ؛ لمَا يَحصل بشهادَته مِنْ نَفع نفسه، ودفع الضّرر عنها؛ فيكون شاهداً لنفسه؛ لِما فيه من دفع الدِّية عن أنفسهم[٥].

٦-وشهادة أحد الزّوجين لصاحبه لا تُقبَلُ[٦]؛ لأنّ أحد الزّوجين بشهادته للآخر يجرّ المغنم إلى نفسه؛ لأنّه ينتفع بمال صاحبه عادةً فكان شاهداً لنفسه؛ لأنّه في حكم بعضه بأدلّةٍ منها:

---

(١) انظر: المعونة ص ١٥٢٩، والمنتقى ٧/١٧٠، و١٧١، ومختصر المزني ص ٤١٦، والمهذّب ٣/٥٩٧، و٦٩٧، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٩٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٧/١٢٩، كتاب فضائل الصّحابة، باب مناقب فاطمة رضي الله عنها، برقم: (٣٦٣١)، ومسلم في صحيحه ٤/١٩٠٢، كتاب فضائل الصّحابة، باب فضائل فاطمة رضي الله عنها، برقم: (٢٤٤٩)، واللّفظ له.

(٣) انظر: الْمهذّب ٣/٦٩٧، وشرح مسلم للنووي ١٦/٢٢١، وفتح الباري ٧/١٣٠.

(٤) انظر: المراجع السّابقة.

(٥) انظر: الْمغني ١٤/١٧٧، ومنتهى الإرادات ٢/٤٠٧، وشرح منتهى الإرادات ٦/٦٧٨.

(٦) هذا عند الجمهور: الحنفية، والمالكية، والحنابلة خلافاً للشّافعية. انظر: معالم السّنن ٤/٢٥، وبدائع الصّنائع ٥/٤٠٩، والمعونة ص ١٥٣٠، والمنتقى ٧/١٧٠، و١٧١، =

قوله -تعالى-: ﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ ﴾[(١)].

وقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[(٢)].

وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّ مِنْ أَزْوَٰجِكُمْ وَأَوْلَٰدِكُمْ عَدُوًّا لَّكُمْ فَٱحْذَرُوهُمْ ﴾[(٣)]، وذلك لما بينهما من البعضية والْمحبّة والْخلطة والاشتراك في جلب الْمنفعة، ودفع الْمَضرّة[(٤)].

قال في معالم السّنن: «ومَنْ رَدَّ شهادةَ القانع لأهل البيت بسبب جَـرّ الْمنفعة، فقياس قوله: أَنْ يَرُدَّ شهادة الزّوج لزوجته؛ لأنّ ما بينهما من التّهمة في جرّ النّفع أكثر»[(٥)].

٧-ولا تُقْبَلُ شهادةُ الصّهر لصهره، ولا الصّديق الملاطف لصديقه؛ لأنّ الْجَرَّ إليهم جرٌّ له، والدّفعَ عنهم دفعٌ له[(٦)].

=

وعارضة الأحوذي ١٧٩/٩-١٨٠، وجامع الأمّهات ص ٤٧١، والقوانين الفقهية ص ٢٠٣، وتهذيب الفروق ١١٣/٤، ومختصر المزني ص ٤١٦، والمهذّب ٦٩٨/٣، وتكملة المجموع ٦٩/٢٣، ومختصر الخرقي ١٨٣/١٤، والْمغني ١٨٣/١٤-١٨٤، ومنتهى الإرادات ٤٠٦/٢، وشرح منتهى الإرادات ٦٧٤/٦.

(١) سورة النّحل، الآية: ٧٢.

(٢) سورة الرّوم، الآية: ٢١.

(٣) سورة التّغابن، الآية: ١٤.

(٤) انظر: المعونة ص ١٥٣٠-١٥٣١، وعارضة الأحوذي ١٧٩/٩-١٨٠، والْمغني ١٨٤/١٤.

(٥) معالم السّنن للخطّابي ٢٥/٤.

(٦) هذا تفرد به المالكية. انظر: معالم السّنن ٢٥/٤، والمعونة ص١٥٣١-١٥٣٢، والمنتقى ١٧١/٧-١٧٢، وعارضة الأحوذي ١٧٩/٩-١٨٠، وعقد الجواهر

=

٨-لا تُقْبَلُ شهادةُ الوارث على مورّثه الْمُحْصَن بالزّنى؛ فَيُرْجَم ليرثه؛ لأنّه يَجُرّ بشهادته إلى نفسه نفعاً(١).

٩-ولا تُقْبَلُ شهادةُ مَنْ لَهُ دَيْنٌ على مفلسٍ، فيشهد للمفلس أَنَّ له دَيناً على آخر ليتوصل إلى دَيْنِه، أو مَنْ شَهِدَ بِحَقٍّ له ولغيره؛ لِتُهمة جَرِّ النّفع إلى نفسه(٢).

١٠-لا تُقْبَلُ شهادةُ الأجير للْمُستأجِر إذا كانت نفقتُهُ عليه تطوّعاً أو من الأجرة؛ لأنّه يَخشى إذا لم يَشهد له تركَ النّفقة؛ فَجَرّ بشهادته إلى نفسه مغنماً ودفع عنه مغرماً(٣).

١١-لا تُقْبَل شهادةُ الضّامِن للمضمون عنه بقضاء الْحقّ، أو الإبراء منه، ولا شهادةُ أحدِ الشّفيعين على الآخر بإسقاط شفعَتِه؛ لأنّه يُوَفِّر الْحقَّ على نفسه؛ لأنّ الشّاهد مُتَّهَمٌ؛ لِمَا يَحصل بشهادَتِه مِنْ نَفع نفسه، ودفع الضّرر عنها؛ فيكون شاهداً لنفسه(٤).

=

١٠٣٥/٣، جامع الأمهّات ص ٤٧١، والذّخيرة ٢٥٩/١٠، و٢٦٥، والقوانين الفقهية ص ٢٠٣، وتكملة المجموع ٦٨/٢٣، والْمغني ١٨٥/١٤.

(١) انظر: جامع الأمهّات ص٤٧١، والذّخيرة ٢٦٠/١٠، والقوانين الفقهية ص٢٠٣، والْمغني ١٧٦/١٤.

(٢) انظر: التّلقين ص ٥٣٥، والمعونة ص ١٥٣١، وعقد الجواهر ١٠٣٦/٣، وجامع الأمهّات ص ٤٧١، والقوانين الفقهية ص ٢٠٣، والمهذّب ٦٩٥/٣، وتكملة المجموع ٦٣/٢٣، والْمغني ١٧٦/١٤، ومنتهى الإرادات ٤٠٧/٢، وشرح منتهى الإرادات ٦٧٧/٦.

(٣) انظر: معالم السّنن ٢٥/٤، والذّخيرة ٢٦١/١٠، والْمغني ١٧٤/١٤، و١٧٦-١٧٧، ومنتهى الإرادات ٤٠٧/٢، وشرح منتهى الإرادات ٦٧٧/٦.

(٤) انظر: الْمغني ١٧٧/١٤.

١٢-شهادةُ الْمَولَى لِمُكَاتَبِه بمالٍ غير مقبولة؛ لأنّه يُثْبِتُ لنفسه حقّاً؛ لأنّ مال الْمُكاتَب يتعلّق به حقّ الْمَولَى[١].

١٣-شهادة الوَصيِّ لليتيم، والوكيل للمُوَكِّل فيما فُوِّضَ النّظر فيه إليه غير مقبولة؛ لأنّهما يُثْبَتان لأنفسهما حقّ الْمطالبة والتّصرّف[٢].

١٤-ولا تُقْبَلُ شهادةُ القصّار ونحوه للتّاجر؛ لأنّه يرجو منه أَنْ يَخُصَّه بالعمل دون غيره من الصّناع؛ لتهمة جر النّفع لنفسه، أو دفع المغرم عنه، وتجوز شهادة التّاجر له إلاّ أَنْ يكون مَرْغُوباً في عمله[٣].

١٥-ولا يقضي بينه وبين غيره وإنْ رضي الخصم بذلك؛ لأنّ التّهمة تلحقه[٤].

١٦-ولا يحكم بين أحدٍ من عشيرته وخصمه وإنْ رضي الخصم، بخلاف رجلين رضيا بِحكم رجلٍ أجنَبِيٍّ، فيُنَفَّذ حُكْمُه عليهما[٥].

١٧-إذا شَهِدَ الزّوجُ لزوجته في العتق ورُدَّت شهادته؛ فإن كان عبداً فاختارت نفسَها أُلْزِمَ الطّلاق بإقراره بالعتق واختيارها[٦].

---

(١) انظر: المهذّب ٦٩٥/٣، ومختصر الخرقي ١٨٣/١٤، والْمغني ١٧٦/١٤، و١٨٣، ومنتهى الإرادات ٤٠٧/٢، وشرح منتهى الإرادات ٦٧٥/٦.

(٢) انظر: الفروق ٤٣/٤، والذّخيرة ٢٧٠/١٠، والمهذّب ٦٩٥/٣، والْمغني ٥٦٢/٨، و١٧٤/١٤، و١٧٦، وشرح منتهى الإرادات ٦٧٦/٦-٦٧٧.

(٣) انظر: الذّخيرة ٢٦١/١٠، والْمغني ١٧٤/١٤، و١٧٦.

(٤) انظر: الفروق ٤٤/٤، والذّخيرة ١١٠/١٠، ومختصر الخرقي ١٧٤/١٤، والْمغني ١٧٤/١٤، و١٧٦.

(٥) انظر: الفروق ٤٤/٤، والذّخيرة ١١٠/١٠، ومواهب الجليل ١٣٥/٨، وتكملة المجموع ٦٩/٢٣.

(٦) انظر: الذّخيرة ٢٦٢/١٠، والْمغني ١٧٦/١٤.

١٨- إذا شَهِدَ السَّيِّدُ أنّ زوجَ أمته طلّقها، أو أنَّ عبده طلّق امرأته رُدَّتْ شهادته؛ لاتّهامه بتفريقهما من الزّواج[١].

١٩- ولا تُقْبَلُ شهادَةُ العبد لسيّده؛ لأنّه يتبسّط في مال سيِّده، وينتفع به، ويتصرّف فيه، وتَجب نفقته منه، فلا تُقْبَل شهادتُهُ له كالابن مع أبيه[٢].

٢٠- إذا كان بين اثنين عبدٌ، وشهد كلّ واحدٍ منهما على صاحبه أنّه أعتق جزءه، فإنّ شهادةَ كلّ منهما تُرَدُّ؛ لاتّهامهما في التّقويم؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يَجرّ لنفسه مغنماً، ويدفع عن نفسه مغرماً، ولا يمين عليهما؛ لأنّ كلّ شهادة رُدَّتْ لعدم العدالة أو التُّهمة فلا يمين على المشهود عليه؛ لأنّها كالعَدَم[٣].

٢١- إذا تُوُفِّي أحدُ الْمُسافرين من قبائلَ شتّى، وأوصَى بوصيةٍ تَمْتَنِعُ شهادةُ بعضهم لبعضٍ فيها، فإنْ شهد على وصيةٍ فيها عتقٌ ووصايا القوم، نُفِّذَت في الوصايا للقوم مع أيمانهم دون العتق، فإن ضاق الثّلث فإنّما لَهم مِنَ الثّلث ما فضل عن العتق، وتبطل كلّها لو شهد لنفسه فيها[٤].

٢٢- إذا كان حقٌّ مشتركاً بين اثنين؛ كما لو كان لهما مالٌ على رجلٍ؛ فشهد أحدهما بِنَصف المال لصاحبه؛ فإنّ شهادته مردودةٌ؛ وجه

---

(١) انظر: المعونة ص ١٥٣١، والذّخيرة ١٠/٢٦٢، ومختصر الخرقي ١٤/١٨٣، والْمغنِي ١٤/١٧٦، و١٨٣.

(٢) انظر: الْمغني ١٤/١٨٣، ومنتهى الإرادات ٢/٤٠٧، وشرح منتهى الإرادات ٦/٦٧٦.

(٣) انظر: الذّخيرة ١٠/٢٧٩.

(٤) انظر: الذّخيرة ١٠/٢٧٤.

ذلك: أنّه إذا كان المالُ بينهما مُشتركاً فإنّ النّصف الذي لشريكه غيرُ مُتَعَيِّنٍ، ولو قبضه شريكُهُ لَسَاهَمَهَ فيه، فقد عاد الأمر إلى أنّه شهد لنفسه، فإنِ اقْتَسَما الحقّ قبل الشّهادة جازت شهادتُهُ؛ لأنّ ما شهد به ليس له فيه حقّ فانتفت التّهمة[١].

٢٣–حيث قلنا لا تَجوز شهادته له، ولا حكمه له جاز العكس؛ فكلّ مَنْ لا تَجوز شهادته أو حكمه له؛ تَجوز عليه ذلك في الْحقوق، إلاّ فيما وجدت التّهمة؛ كالطّلاق؛ كما لو شهد ولدٌ بطلاق ضرّة أمه وهي مُنْكِرةٌ، وأمّه حيّة أو مُطلَّقةٌ؛ لأنّ العادة عداوة الولد لامرأة أبيه، بِخلاف ما لو ماتت أمّه[٢]. بناء على هذا:

٢٤–شهادة الولد على أبيه مقبولةٌ، في كلّ شيءٍ، وكذلك شهادة الأب على ابنه[٣].

يدلّ على ذلك ما يأتي:

أ- عموم قوله -تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا

---

(١) انظر: الْمنتقى ١٦٩/٧، والمقدّمات ٢٨٩/٢-٢٩١، وشرح منتهى الإرادات ٦٧٧/٦.

(٢) انظر: الذّخيرة ٢٦٠/١٠، و٢٦٣، وتكملة المجموع ٦٨/٢٣، ومختصر الخرقي ١٣٧/١٤، و٢٧٢، والْمغني ١٨٢/١٤، و٢٧٢، ومنتهى الإرادات ٤٠٦/٢، وشرح منتهى الإرادات ٦٧٥/٦.

(٣) واستثنَى بعض الشّافعي الحدود والقصاص. انظر: الذّخيرة ٢٦٣/١٠، وتكملة المجموع ٦٨/٢٣، والْمغني ١٨٢/١٤، ومنتهى الإرادات ٤٠٦/٢، وشرح منتهى الإرادات ٦٧٥/٦.

فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ﴾[١]، فأمر بالشّهادة عليهم، ولَو لَمْ تُقبَل لَما أمر بها[٢].

ب- ولأنّها إنّما رُدَّت للتّهمة في إيصال النّفع، ولا تُهْمَة في شهادته عليه، فوجب أَنْ تُقْبَلَ؛ كشهادة الأجنَبي بل أَوْلَى؛ فإنّ شهادَتَهُ لنفسه لَمَّا رُدَّتْ للتّهمة في إيصال النّفع إلى نفسه، كان إقراره عليها مقبولاً[٣].

جـ- ولأنّه يُتَّهَمُ له ولا يُتَّهَمُ عليه؛ فشهادتُهُ عليه أبلَغُ في الصِّدق؛ كإقراره على نفسه[٤].

من مستثنيات القاعدة:

١-أنّه يَجوز للقاضي أن يعاقبَ مَنْ أذاه مَنَ الْمُتَخَاصِمَين أو شَتَمَهُ أو تَنَقَّصَهُ أو نسبه إلى جور، والعقوبة في هذا أفضل من العفو[٥].

٢-أنّه يجوز للولي أن يَتَوَلَّى طرفَيْ عقد موليته؛ فيزوِّجَهُ مِنْ نفسه إنْ كان ممّا يجوز له ذلك؛ فيكون هو النّاكح والْمُنكِح[٦].

٣-إذا اجتمع في القضية حقّ القاضي وحقّ الله -تعالى- كالسّرقة؛ وقلنا يَحكم لنفسه؛ فإنّه لا يقطعه بل يرفعه لِمَنْ فوقه ولا يحكم في ماله

---

(١) سورة النّساء، الآية: ١٣٥.
(٢) انظر: الْمغنِي ١٨٢/١٤.
(٣) انظر: الْمغنِي ١٨٢/١٤.
(٤) انظر: المرجع نفسه.
(٥) انظر: البيان والتّحصيل ١٦٦/٩، وعقد الجواهر ١٠١٣/٣، والقوانين الفقهية ص ١٩٦، والتّاج ومواهب الجليل ٨٨/٨-٨٩، و١١٠، والإنصاف ٢٤١/١٠.
(٦) انظر: أحكام ابن العربي ٤٠٧/١، وتفسير القرطبِي ١٥/٥، و١٨.

لنفسه، وقيل: يقطعه، ولعلّ هذا فيما إذا لم يوجد حاكمٌ غـــيره[١].

والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

---

(١) انظر: الفروق ٤/٤٤، والذّخيرة ١٠/١١١.

المبحث السّابع: القاعدةُ الخامِسَةُ والسّتّون [٦٥]

[للتُّهْمَةِ أثَرٌ في الشَّرْعِ]

ذكر ابن رشد رحمه الله هذه القاعدة في كتاب الأقضية، ضمن مسائل الباب الثّالث: فيما يكون به القضاء، عند حديثه عن قضاء القاضي بعلمه؛ حيث قال: «واختلفوا هل يقضي بعلمه على أحْدٍ دون بَيِّنةٍ أو إقرارٍ، أو لا يقضي إلاّ بالدَّليل والإقرار؟»[1].

---

(١) وتَحرير مَحلّ النّزاع في المسألة من مَحلّ الاتّفاق كالتّالي: **أمّا مَحَلّ الإجماع فهو:**

١- أجمع فقهاء الأمصار على أنّ للقاضي أن يقضي بعلمه في التّعديل والتّجريح، منعاً لتسلسل.

٢- أنّه إذا شَهِدَ الشّهودُ بضدّ علمه لَم يقض به، فلو شهدت البيّنةُ بخلاف ما يعلمه القاضي علَماً حسيّاً بمُشَاهَدَةٍ أو سماعٍ، يقينيّاً أو ظنّيّاً راجحاً، لَم يَجز له أن يَحكم بما قامت به البيّنةُ.

٣- يقضي بعلمه في إقرار الْخصم، وإنكاره، إلاّ مالكاً فإنّه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لإقرار الخصم أو إنكاره.

٤- يقضي بعلمه في تغليب حُجّةِ أحد الْخصمين على حُجّة الآخر، إذا لَم يكن في ذلك خلافٌ.

وأمّا مَحَلّ الخلاف؛ فهو حيث يكون القاضي قاضياً بين اثنين، وشاهداً لأحدهما على الآخر في آن واحد؛ لأنّه إذا قضى لأحدهما على الآخر بمُجرّد علمه، فقد صار قاضياً بينهما، وشاهداً للذي قضى له، وعلى الذي قضى ضدّه.

ولعلّ الرّاجح في مسألة قضاء القاضي بعلْمِه هو القول بالْمنع حيث قَوِيَت التُّهْمَةُ؛ حسماً لمادة التّهمة، ومَن تدبّر الشّريعة، وما اشتملت عليه من المصالح، وسدّ الذّرائع تَبيّن له هذا، وحيث ضعفت التّهمة، أو انتفت جاز.

فليس له أن يقضي بعلمه في حقوق الله تعالى كالْحدود؛ لأنّ الأصل فيها الْمسامحة، =

=

والْمستحبّ في الْحدود السّتر، ما لم يكن فيه مفسدةٌ، ولا يُفَوِّتُ مصلحةً، وعلى هذا تُحْمَل الأحاديث الواردة في النّدب إلى السّتر.

انظر: التّلقين ص ٥٣١، والاستذكار ٩٧/٦، والمهذّب ٦٢٥/٣، وروضة الطّالبين ٤٢١/٤، والمغني ٣٣/١٤، والمحلّى ٥٢٦/٨، وشرح مسلم للنّووي ٢٧٣/١٦، وفتح الباري ١٤٨/١٣-١٤٩، و١٧١-١٧٣، و١٨٩، والطّرق الحكمية ص ٢٠٨.

وكذلك في حقوق النّاس؛ فحيث تَلْحَقُهُ الظّنونُ والتّهْمَةُ فلا يَقضي بعلمه، كما لو حكم بين صديقه وعدوّه، وحكم لصديقه على عدوِّه؛ فهنا التّهمة قَوِيَّةٌ جدّاً، فَيُمْنَعُ من القضاء بعلمه.

وأمّا حيث لَم يَخَفِ الظّنون والتُّهْمَةَ فجَائزٌ له أن يقضي بعلمه؛ لأنّه يَجوز له أن يقضي بشهادة الشّاهدين بالإجماع، مع أنّ غلبة الظّنّ الواقعة له بعلمه أقوى من الظّنّ الواقع بصدق الشّاهدين.

ولأنّ الذين منعوا ذلك مُطلقاً حُجَّتُهُم وجود التّهمة؛ حيث اعتلّوا ذلك بأنّه غير معصوم؛ فيجوز أن تَلحقه التُّهْمَةُ، فإذا انتفت العلّة رجع الْحكمُ؛ لأنّ الْحكم يدور مع علّته وجوداً وعدماً؛ فحيث وجد الملزوم وجد لازمه.

وذلك أيضاً لِمَا يلزم مَنْ أجاز للقاضي أن يقضي بعلمه مطلقاً، أنّه لو عمد إلى رَجُلٍ مستورٍ لَم يُعْهَد منه فجورٌ قطّ، أن يَرجمه ويدَّعي أنّه رآه يَزْني، أو يفرّق بينه وبين زوجته، ويزعم أنّه سَمِعَهُ يُطَلِّقُها، أو بينه وبين أَمَته، ويزعم أنّه سَمِعَهُ عتقها؛ فإنّ هذا البابَ لو فُتِحَ لوجدَ كلُّ قاضٍ السَّبيلَ إلى قتل عدوّه، وتفسيقه، والتّفريق بينه وبين مَنْ يُحبُّ، قال الإمام الشّافعي: «لولا قضاة السّوء لقلت إنّ للحاكم أنْ يَحْكُمَ بعلمه»، انظر: فتح الباري ١٧١/١٣، وقال الحافظ ابن حجر مُعَلِّقاً عليه: «وإذا كَان هذا في الزّمان الأوّل فما الظّنُّ بالْمُتَأخِّر؛ فَيَتَعَيَّن حَسم مادة تَجويز القضاء بالعلْمِ في هذه الأزمان الْمُتَأخِّرة لكثرة مَنْ يَتَوَلّى الْحُكْمَ مِمَّن لا يُؤْمَنُ على ذلك، والله أعلم».

انظر: المغني ٣١/١٤، وفتح الباري ١٤٨/١٣-١٤٩، و١٧١-١٧٢-١٧٣، و١٨٩.

فإذا كان هذا الشّأن في زمن الإمام الشّافعي، وأشدّ منه زَمَنُ الحافظ ابن حجر رحمهم الله تعالى، فما بال زَمَانِنَا؛ فالْحاجة إلى حسم الْمادة أشدّ وأشدّ، والله الْمستعان.

ولأنّ هذا قولُ أبي بكرٍ، وعمر، وعبد الرّحمن بن عوف، وابن عبّاس، ومعاوية

=

فقال مالكٌ وأكثر أصحابه: لا يقضي إلاّ بالبيّنات أو الإقرار[١]، وبه قال أحمد[٢]، وشريح[٣].

=

رضي الله عنهم، ولا يُعرَفُ لهم في الصّحابة مُخَالِفٌ؛ فكان إجماعاً، انظر: الاستذكار ٩٨/٦، والطّرق الحكمية ص ٢٠٧.

قال ابن القيم في الطّرق الحكمية ص ٢٠٧-٢٠٨: «وهذا من كمال فقه الصّحابة رضي الله عنهم؛ فإنّهم أفقه الأمّة، وأعلمهم بمقاصد الشّرع وحكمه؛ فإنّ التُّهْمَةَ مُؤَثِّرةٌ في باب الشّهادات، والأقضية، والإقرار، وطلاق المريض، وغير ذلك...».

ويُجاب عن دعوى الإجماع بأنّه لا تصحّ، فقد رُوِيَ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه قضى بعلمه. انظر: الاستذكار ٩٨/٦، والمغني ٣١/١٤.

أمّا قول المجيزين مطلقاً: إنّه يلزم من القول بالمنع مطلقاً حسماً لمادة التّهمة أن يقضي بتحليل حقٍّ علم يقيناً بحرمته، وكذلك العكس بحجّة لُحوق التّهمة، وهذا لا يجوز له ذلك؛ لأنّه من قبيل إقرار الباطل في حقّه.

مثال ذلك: لو سمع رَجُلاً طَلَّقَ امرأتَهُ طلاقاً بائناً، ثُمّ رَفَعَتْهُ إليه؛ فأَنْكَرَ الرّجلُ، ولا بيّنة للمرأة؛ فإذا حَلَفَهُ حَلَفَ؛ فلو قيل: ليس للقاضي أن يقضي بعلمه؛ قضى هنا للرّجل، ويلزم من ذلك أن يديمه على فرجٍ حرام، وهذا فسقٌ؛ فليس له بدّ من أن يردَّ قولَهُ، ويَقضي عليه بِعلمِه.

فيُجَاب عن هذا، بأنّ له أن يدفعه، ويقيم شهادته عليه عند حاكمٍ آخر.

انظر: بدائع الصّنائع ٤٤٥/٥-٤٤٧، و٥١٦، والتّلقين ص ٥٣١، وبداية المجتهد ٤٤٧/٤، و٤٤٩، وعقد الجواهر ١٠١٩/٣، والقوانين الفقهية ص ١٧٩، و١٩٢، والمهذّب ٦٠٨/٣، و٦٢٥، وإجماع ابن المنذر ص ٢٨، والمغني ٣٠/١٤-٣٣، والطّرق الحكمية ص ١٢١، و٢٠٢-٢٠٨، وفتح الباري ١٤٨/١٣-١٤٩، و١٧١-١٧٢-١٧٣، و١٨٩.

(١) انظر: التّلقين ص ٥٣١، والاستذكار ٩٦/٦، و٩٩، وعقد الجواهر ١٠١٨/٣.

(٢) انظر: مختصر الخرقي والمغني ٣٠/١٤-٣٣، والطّرق الحكمية ص ٢٠١.

(٣) وبه قال الشَّعْبي وقولٌ للشّافعية في حقوق الله.

انظر: الاستذكار ٩٩/٦، والمهذّب ٦٢٥/٣، والمحلّى ٥٢٣/٨، والطّرق الحكمية ص ٢٠٣.

وقال الشّافعي[١] والكوفي[٢] وأبو ثور وجماعة: للقاضي أن يقضي بعلمه[٣].

ولكلتا الطّائفتين سَلَفٌ من الصّحابة والتّابعين، وكلّ واحدٍ منهما اعتمد في قوله السّماع والنّظر.

وأمّا عمدةُ الطّائفة التي منعت من ذلك؛ فمنها: حديث...عائشة - رضي الله عنها أنّ النّبيّ ﷺ بعث أبا[٤] جهم على صدقة فلاحاه رجلٌ في فريضةٍ، فوقع بينهما شِجاجٌ؛ فأتوا النّبيّ ﷺ فأخبروه، فأعطاهم الأرش[٥]، ثم قال ﷺ: (إنِّي خَاطِبٌ النّاسَ ومُخْبِرُهُم أنّكُم قَدْ رَضِيتُم، أَرَضِيتُم؟) قالوا: نَعْم، فصعد رسول الله ﷺ الْمِنْبَرَ، فَخَطَبَ النّاسَ وذكر القصّة، وقال: (أَرَضَيتُمُ؟) قالوا: لا، فَهَمَّ بِهِمْ الْمُهَاجِرُون، فَنَزَلَ رسولُ الله ﷺ فأعطاهم، ثم صعد الْمِنْبَرَ فخطب النّاسَ، ثم قال: (أَرَضِيتُمْ؟) قالوا:

---

(١) انظر: المهذّب ٣/٦٢٥، وروضة الطّالبين ١١/١٥٦-١٥٧.

(٢) لعلّه يقصد: أبا حنيفة، وللحنفية في المسألة تفصيلٌ وتَخصيصٌ؛ حيث قالوا فيما يَحكم فيه: لا يقضي بِعلمه في الْحدود ونحوها من حقوق الله، ويقضي في غير ذلك من حقوق النّاس، وخصّصوا العلم الذي يقضي به بعلمه الذي عَلِمَهُ في مجلس القضاء، ولا يقضي بما عَلَمَهُ خارج مجلس القضاء.

انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٤٥-٤٤٧، و٥١٦، والاستذكار ٦/٩٨-٩٩، وبداية المجتهد٤/٤٤٩، والمغني١٤/٣١، والمحلّى ٨/٥٢٣-٥٢٤، وفتح الباري١٣/١٤٨.

(٣) أي: مطلقاً، وهو رواية عن الإمام أحمد،ومذهب الظّاهرية.انظر:والمراجع السّابقة.

(٤) أبو جهم بن حُذيفة.

(٥) الأرش: الدِّية، ومنه: أرش الْجراحات، وأرش الكسور، وهو ما وجب من المال في ضمان نقصٍ من عضوٍ ونحوه.

انظر:طلبة الطّلبة ص٣٣٠، وأنيس الفقهاء ص١١٠، ومعجم لغة الفقهاء ص٣٤.

نَعم[١]، قال: فهذا بَيِّنٌ في أنّه لَم يَحْكُم عليهم بِعلمه ﷺ[٢].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٤/٦٧٢-٦٧٣، كتاب الدّيات، باب العاملُ يُصَابُ على يديه خطأ، برقم: (٤٥٣٤)، والنَّسائي في سننه ٤/٨/٣٥، وابن ماجه في سننه ٢/٨٨١، كتبا الدِّيات، باب الْجارح يفتدى بالقود، برقم: (٢٦٣٨).والحديث صحيحٌ؛ صحّحه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم: (٢١٣٣)، وإرواء الغليل ٣/٣٦٦.

ومن أدلّتهم على منع قضاء القاضي بعلمه:

١- ﷺ : «لو رَجَمْتُ أحداً بغير بيِّنة رجمتُ هذه»، تقدّم تخريجه من أدلّة القاعدة [٦٣]، وهذا من أَدَلِّ الدّليل؛حيث لَم يَقْضِ النَّبِيّ ﷺ عليها بالرّجم مع علمه. وانظر: المحلّى ٨/٥٢٦.

٢- ﷺ : «...فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحوِ ممَّا أَسْمَعُ مِنْهُ...» من حديث أمّ سلمة أم المؤمنين رضي الله عنها، تقدّم تخريجه في القاعدة [٦٠]، المسألة (١١).

ووجه الاستدلال منه؛ حيث حصر طريقة الحكم على ما يسمعه فقط، دون ما علمه، فلم يقل: على نحو ما أعلم.

انظر: الاستذكار ٦/٩٦، والمغني ١٤/٣٣، وشرح مسلم للنّووي ١٢/٢٣٢-٢٣٣، وفتح الباري ١٣/١٨٩.

٣- أنّ النّبيّ ﷺ كان يَعْلَمُ مِنَ المنافقين ما يبيح دماءهم، وأموالهم، ويتحقّق ذلك، ولا يَحكم فيهم بعلمه مع براءته عند الله وملائكته وعباده أجمعين من كلّ تُهْمَةٍ؛ لئلاّ يقول النّاس: إنّ محمّداً يقتل أصحابه. انظر: الطّرق الحكمية ص ٢٠٨.

٤- قول الخليفة الرّاشد أبي بكرٍ الصّدّيق رضي الله عنه: «لو وجدتُ رَجُلاً على حدٍّ ما أقمته عليه حتّى يكون معي غيري»، وهو أثرٌ صحيح الإسناد، ورُوِيَ نحوه عن عمر وعبد الرّحمن بن عوف، وابنِ عبّاس ومعاوية رضي الله عنهم، ولا يُعْلَمُ لهم في الصّحابة مُخالفٌ فكان إجماعاً.

انظر: الاستذكار ٦/٩٦-٩٧، والمهذّب ٣/٦٢٥، والمغني ١٤/٣٣، والطّرق الحكمية ص ٢٠٣، و٢٠٧، والمحلّى ٨/٥٢٣، و٥٢٥، وفتح الباري ٤/١٧١.

وقد يُجاب عنه بأنّ الأثر واردٌ في حدٍّ من حدود الله، وقد تقدّم أنّ الأصل في حقوق الله الْمسامحة، وخاصّة الْحدود؛ فإنّ الْمتسحبّ فيها السّتر، بخلاف حقوق النّاس.

(٢) مع أنّه ﷺ قد علم رضاهم، ومع ذلك لَم يَقْضِ عليهم بعلمه.

وأمّا من جهة الْمَعْنَى فَللتُّهْمَةَ اللاحقَة في ذلك للقاضي، وقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ **للتُّهْمَة تَأْثيراً في الشَّرع**، منها: أَلاَّ يَرِثَ القاتلُ عمداً عند الْجمهور مَنْ قَتَلَهُ، ومنها: رَدُّهُم شَهادةِ الأب لابنه، وغير ذلك ممّا هو معلومٌ من جمهور الفقهاء[١].

وأمّا عمدة مَنْ أَجَازَ ذلك، أمّا من طريق السّماع؛ فحديث عائشة في قصّة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب، حين قال لها صلّى الله عليه وسلّم، وقد شكت أبا سفيان:(خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالمعروفِ)[٢]، دون أن يسمع قولَ خصمها[٣].

=

انظر: الاستذكار ٩٧/٦، وقال الْخطابي في معالم السّنن ٦٧٢/٤: «وفيه حُجَّةٌ لمَنْ رأى وقوفَ الْحاكم عن الْحُكم بعلْمه؛ لأنّهم لَمّا رضوا بما أعطاهم النّبيّ ﷺ ثم رَجعوا عنه لم يلزمهم برضاهم الأوّل، حتّى كان ما رضوا به ظاهراً».

(١) انظر: الاستذكار ٩٦/٦-٩٧، وعقد الجواهر ١٠٣٥/٣، والمغني ٣١/١٤.

(٢) تقدّم تخريجه من أدلّة القاعدة [٣٧].

(٣) يُجاب عن استدلالهم بهذا الحديث أنّه في غير محلّ النّزاع؛ حيث إنّ أصحّ أقوال أهل العلم أنّ إذن النّبيّ ﷺ لها كان إفتاء لا قضاء، وأنّ هذا يجري في كلّ امرأة أشبهتها؛ فيجوز.
انظر: الاستذكار ٩٧/٦-٩٨، والمهذّب ٦٢٥/٣، والمغني ٣٣/١٤، وشرح مسلم ٢٣٤/١٢، وفتح الباري ٤٧٥/٤، و٤١٩/٩، و٤٢٠-٤٢١، وتفسير القرطبي ١٥٢/١٨، وإعلام الموقّعين ص ١١٣٧، والطّرق الحكمية ص ٢٠٤، وشرح المنظومة السّعدية ص ١٠٤، وشرحها للعويد ص ١٩٨.

ومن أدلّتهم أيضاً على جواز قضاء القاضي بعلمه:

١- حديث سعد بن الأطوَل، أنّ أخاه مَاتَ وَتَرَكَ ثَلاثَمائَة درهَم، وتَرَكَ عيالاً، فأردتُ أن أُنْفقَهَا على عيَاله، فقَال النّبيّ ﷺ : «إنَّ أَخَاكَ مُحْتَبَسٌ بدَينه، فاقْض عَنْهُ»، فقال: يا رسول الله! قد أَدَّيْتُ عنه إلاّ دينارَين، ادَّعَتْهُمَا امْرَأَةٌ وليس لَهَا بَيِّنَةٌ، قال: «فَأَعْطِهَا؛ فإنَّهَا مُحقَّةٌ».

=

=

أخرجه ابن ماجه في سننه ٨١٣/٢، كتاب الصّدقات، باب أداء الدَّين عن الميّت، برقم: (٢٤٣٣).

قال في مجمع الزّوائد: إسناده صحيحٌ، انظر: سنن ابن ماجه ٨١٣/٢، قال ابن القيم في الطّرق الحكمية ٢٠٥: «وهذا أصرح في الدّلالة».

وصحّحه الألباني في: صحيح ابن ماجه برقم: (١٩٧٣)، وإرواء الغليل ١٠٩/٦.

وأجيب عن هذا الاستدلال أيضاً بأنّ المنع من حكم الْحاكم بعمله إنّما هو لأجل التُّهْمَة، وهي معلومةُ الانتفاء من سيِّد الحُكّام رسول الله ﷺ ، فلا يقاس عليه.

انظر:الطّرق الحكمية ص٢٠٥.

٢- وقال ابن حزم في المحلّى ٥٢٦/٨: «من البيِّنة التي لا بيّنة أَبْيَنَ منها صحّة علم الحاكم بَصحّة حقّه»، وقال أيضاً ٥٢٣/٨: «أقوى ما حكم بعلمه؛ لأنّه يقين الحق، ثم بالإقرار، ثم بالبيّنة».

٣- أنّ الْحاكم مأمورٌ بتغيير الْمنكر بيده، وإلاّ فبلسانه، وإلاّ فبقلبه، وإذا رأى الحَاكِمُ وَحْدَهُ عدوانَ رَجُلٍ على رَجُلٍ، وغَصْبَهُ مَالَهُ، وسَمِعَ طلاقَهُ لامرأته، وعتْقَهُ لعبده، ثم رأى الرّجلَ مستَمِرّاً على إمساك الزّوجة، أو بيع مَنْ صرّح بعتقه، وسكت؛ فقد أقرّ على الْمُنكَر الذي أُمرَ بتغييره.

يجاب عنه بأنّه مأمورٌ بتغيير ما يَعلَم النّاسُ أنّه مُنْكَرٌ ظاهرٌ؛ بحيث لا يتطرّق إليه تُهْمَةٌ في تغييره.

٤- ولأنّه إذا عمد إلى رَجُلٍ مع زوجته، وأمته لم يشهد أحدٌ أنّه طلّقها، ولا أعتقها البتة، ولا سمع بذلك أحدٌ قطّ، ففرّق بينهما، وزعم أنّه طلّق، أو عتق؛ فإنّه ينسب ظاهراً إلى تغيير المعروف بالْمنكَر، ويطرق النّاس إلى اتّهامه، والوقوع في عرضه.

وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلى رَجُلٍ مستورٍ بين النّاس غير مشهور بفاحشة، وليس عليه شاهدٌ واحدٌ بها؛ فيرجمه، ويقول: رأيته يزني، أو يقتله، ويقول: سمعت يسبّ، أو يفرّق بين الزّوجين، ويقول: سمعته يطلّق، وهل هذا إلاّ مَحْضُ التُّهْمَة؟!

ولو فتح هذا الباب ولاسيما لكثيرٍ من قضاة الزّمان إلاّ مَن رحم؛ لوجد كلّ قاضٍ له عدوٌّ السَّبيلَ إلى قتل عدوّه، ورجمه، وتفسيقه، والتّفريق بينه وبين امرأته، ولاسيما إذا كانت العداوة خفيةً لا يمكن لعدوّه إثباتها؛ حتّى لو كان الْحقّ هو حكم الْحاكم؛ لوجب منع مثل هؤلاء قضاة الزّمان من ذلك.

وأمّا من طريق الْمعنَى؛ فإنّه إذا كان له أَنْ يَحكم بقول الشّاهد الذي هو مظنونٌ في حقّه، فأحرى أَنْ يَحْكم بِما هو عنده يقينٌ»[١].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذِكْرُها أو مَفَادُهَا في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «الإنسان في إقراره بإبطال حقّ نفسه مُصَدَّقٌ لانتفاء التُّهْمَةِ»[٢].

وفيه -أيضاً-: «الشّاهد في الرّجوع عن شهادته مُتَّهَمٌ في حقّ الْمشهود له؛ لجواز أنّ الْمشهود عليه غَرَّهُ بِمالٍ أو غيره؛ ليرجع عن شهادته؛ فيظهر كذب الْمُدَّعِي في دعواه، فلم يصدق في الرّجوع في حقّ الْمَشهود له للتُّهْمَةِ؛ إذ التُّهْمَةُ كما تَمنع قبول الشّهادة، تَمنع صِحَّةَ الرّجوع عن الشّهادة؛ فلم يصحّ الرّجوع في الرّجوع في حقّه؛ فلم ينقض القضاء، ولا يستردّ الْمُدَّعَى مِن يده، ومعنَى التّهمة لا يتوهّم في الْمشهود عليه؛ فصحّ الرّجوع في حقّه...»[٣].

ما جاء في الذّخيرة: «التّهمة قادحةٌ في التّصرّفات على الغير إجماعاً... فهذه القاعدة هي مناطُ ما يأتِي من الفروع، ثم ذكر الفرع الأوّل: القضاء لنفسه ومَنْ في معناه»[٤].

---

(١) بداية المجتهد ٤/٤٤٧-٤٤٩، وانظر: ٤٣٧.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٣/٣٥٦، وانظر: ٥/٣٣٨، و٤٤٥، و٥١٥، و٦/٣١، و٣٣، و٢٥٦.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٤٢٧.

(٤) الذّخيرة للقرافي ١٠/١٠٩.

وفي موضعٍ آخر: «وهذه القاعدة هي منشأُ الْخلاف في جَميع موانع الشّهادة»[(١)].

ما جاء في عارضة الأحوذي: حيث ظهرت التّهمة بطلت الحجّة، ويتركّب على هذا؛ اتّصال الولاء والقرابة في الظّنّة؛ فإنّهما أقرب وجوهها؛ فإذا سُلِمَ أنّه لا تَجوز شهادةُ العدوّ على عدوّه، لزم من ذلك أن لا يُقْبَلَ الصّديقُ لصديقه؛ لأنّ قوّةَ التّهمة في الوجهين سواء، ولهذا قال علماؤنا المالكيّون: إنّه لا تجوز شهادةُ الأخ لأخيه في الْمعنَى الذي تقوى التّهمةُ فيه من دفع عارٍ وما في معناه[(٢)].

ما جاء في المختصر: «وشراء الرَّجُلِ لنفسه من مال ولده الطِّفل جائزٌ، وكذلك شراؤه له من نفسه»[(٣)]، وعلّل له في المغني: «لأنّ التُّهْمَة بين الأب وولده مُنْتَفِيَةٌ»[(٤)].

ما جاء في كتاب الفروق: «...ولأنّ الشّهادة في غير شهر رمضان، شهادةٌ يَلْحَقُ الشّاهدَ فيها التُّهْمَةُ؛ فكان من شرطها العددُ؛ كسائر الشّهادات، بِخلاف الشّهادة على هلال شهر رمضان؛ لأنّه لا يَحلقه فيها التُّهْمَةُ»[(٥)].

ما جاء في الطّرق الحكمية: «التُّهْمَةُ مُؤَثِّرةٌ في باب الشّهادات، والأقضية، والإقرار، وطلاق المريض وغير ذلك، ولا تقبل شهادةُ السَّيِّد

---

(١) الذّخيرة للقرافي ١٠/٢٦٤-٢٦٥، وانظر: المنتقى ٧/١٦٨.
(٢) انظر: عارضة الأحوذي لابن العربي ٩/١٧٨-١٧٩.
(٣) مختصر الخرقي ٧/٢٣٣.
(٤) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٧/٢٣٤، وانظر: ٤٧٣.
(٥) الفروق للسّامُريّ ص ٢٥٦.

لعبده، ولا العبد لسيِّده، ولا شهادة الوالد لولده وبالعكس، ولا شهادة العدوّ على عدوّه، ولا يقبل حكم الحاكم لنفسه، ولا ينفذ حكمه على عدوّه، ولا يصحّ إقرار المريض مَرَضَ الموت لوارثه، ولا لأجْنَبيٍّ عند مالكٍ إذا قامت شواهدُ التُّهْمَة، ولا تمنع الميراث بطلاقه لها لأجل التُّهْمَة، ولا يقبل قول المرأة على ضرّها أنّها أرضعتها إلى أضعاف ذلك للتُّهْمَة، ولذلك منعنا في مسألة الظّفر أن يأخذ المظلومُ مِنْ مالِ ظالمه نظير ما خانه فيه؛ لأجل التُّهْمَة، وإن كان إنّما يستوفي حقَّه»[1].

ما جاء في إعلام الموقّعين: «مأخذ التّهمة، فيقال: التّهمة وحدها مستقلّة بالمنع، سواء كان قريباً أو أجنبيّاً، ولا ريب أنّ تُهمة الإنسان في صديقه وعشيرته، ومَن يَعنيه مودته ومحبّته أعظم من تهمته في أبيه وابنه»[2].

من القواعد ذات العلاقة التي ورد ذكرها في كتب الفقهاء ومدارها التّهمة:

١-التُّهْمَةُ تقدح في التّصرّفات[3].

٢-التُّهْمَةُ تُبْطِلُ الشّهادةَ[4].

٣-حيث ظهرت التّهمة بطلت الْحُجَّةُ[5].

---

(١) الطّرق الحكمية لابن القيم ص ٢٠٧-٢٠٨، وانظر: إعلام الموقعين ص ٩٥، و٩٧، و٨٠٦، و٨٢٥.

(٢) إعلام الموقّعين لابن القيم ص ٩٨-٩٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣١١، والفروق ٤/٤٣، والذّخيرة ١٠/١٠٩، والمهذّب ٣/٥٩٧، و٦٩٤، وتكملة المجموع ٢٣/٦٣، والمغني ١٤/١٧٤-١٧٨، و١٨١-١٨٥، و٢٦٩.

(٤) انظر: الذّخيرة ٧/٢٤٩، و٣٣٥.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٣٥٦، والمعونة ص ١٥١٩، وعارضة الأحوذي ٩/١٧٨، وإعلام الموقعين ص ١٠٠، والمراجع السّابقة.

٤- كلُّ شَخْصَيْن قُبِلَتْ شهادتُهما لَهما إذا لم يكن بينهما معاوضةٌ[(١)].

٥- كلُّ شهادة تَجْلِبُ نفعاً لِمَن لا تجوز الشّهادةُ له تَمْتَنِع[(٢)].

٦- كلُّ شهادةٍ رُدَّت لعَدَمِ العدالة أو التُّهْمَة، لا يمين على المشهود عليه[(٣)].

٧- كلُّ شهادةٍ لَمْ تُبْطِلْ بَعْضَها تُهْمَةٌ؛ فإنَّهُ لا يَبْطُلُ جَميعُها[(٤)].

٨- كلُّ مَنِ اتُّهِمَ في شهادته بِمَيلٍ لَمْ يُحْكَم بها[(٥)].

٩- كلُّ مَنْ جَرَّ نفعاً إلى نفسه بشهادته فهي مردودةٌ[(٦)].

١٠- كلُّ مَنْ شهد بشهادةٍ له فيها حقٌّ ولغيره لَمْ تَجُزْ شهادَتُهُ[(٧)].

١١- كلُّ مَنْ لا تَجوز شهادتُكَ له، لا تَجوز شهادتُهُ لك[(٨)].

١٢- كلُّ مَنْ لا تَجُوزُ شهادتُهُ له، لا يَجُوزُ حكمُهُ له[(٩)].

١٣- كلُّ مَنْ لا تُقْبَلُ شهادتُهُ عليه فَتُقْبَلُ له، وكلُّ مَنْ لا تُقْبَلُ شهادتُهُ له فَتُقْبَلُ عليه[(١٠)].

---

(١) انظر: الذّخيرة ١٠/٢٦٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣١١، والمنتقى ٧/١٦٨-١٦٩، والذّخيرة ١٠/٢٦١، والمهذّب ٣/٦٩٤، وإعلام الموقعين ص ٩٥، وتكملة المجموع ٢٣/٦٣.

(٣) انظر: المنتقى ٧/١٦٨-١٦٩، والذّخيرة ١٠/٢٧٩.

(٤) وقيل بعكسها، وسيأتي الكلام عليها في مسألة: اجتماع ما فيه تهمةٌ مع ما لا تهمة فيه إن شاء الله. انظر: المنتقى ٧/١٦٩، والمقدّمات ٢/٢٨٨-٢٩١.

(٥) انظر: المنتهى ٧/١٦٨، والمهذّب ٣/٥٩٧.

(٦) انظر: معالم السّنن ٤/٢٥، ومختصر المزني ص٤١٦، والمهذّب ٣/٦٩٤-٦٩٥، وتكملة المجموع ٢٣/٦٣.

(٧) انظر: المنتقى ٧/١٦٩.

(٨) انظر: المنتقى ٧/١٧١، والمهذّب ٣/٥٩٧.

(٩) انظر: الفروق للقرافي ٤/٤٣، والتّاج ومواهب الجليل ٨/١٣٥، والمهذّب ٣/٥٩٧.

(١٠) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٠٣.

١٤-كلُّ مَنْ لا تُقبَلُ شهادتُهُ لرجلٍ، لا تُقبَلُ تزكِيَتُهُ لِمَنْ شهد لـــه، ولا تَجْرِيحُهُ لِمَنْ شهد عليه[١].

١٥-لا يَقْبَضُ مِنْ نفسه لنفسه إلاّ مَنْ يَتولَّى طَرَفَيِ العقد؛ كـــالأب في ولديه، والوصيّ في يتيمه[٢].

١٦-ليس للتُّهْمَةِ في الإسلام مَدْخلٌ[٣].

شرح مفردات القاعدة:

التُّهْمَة: لغةً الظَّنَّةُ والرِّيبةُ، أصله وَهَمَ، من قولهم: اتَّهَمَهُ بكذا، أي: ظَنَّـــهُ به، فهو تَهِيمٌ، واتَّهَمَهُ في قوله، أي: شَكَكْتَ في صِدْقِهِ، والاســـم التُّهْمَةُ، وتُجْمَعُ على: تُهَمٍ[٤].

وفي الاصطلاح هو: إدخالُ الرِّيبة على الشّخص وظنّها به. أو ادّعاء إتيان فعلٍ مُحَرَّمٍ يوجب عقوبةً مع وجود القرينة غير القاطعة[٥].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

التُّهْمَةُ هي الاقتراف والرِّيبةُ والظِّنَّةُ التي لا سبب لها، كَمْن يَتَّهِمُ رجلاً بالفاحشة من غير أن يَظْهَرَ عليه ما يقتضـــيها[٦]، والتُّهْمَـــةُ يَجِـــبُ تركهـــا

---

(١) انظر: عقد الجواهر ١٠٣٧/٣، والذّخيرة ٢٦٩/١٠.

(٢) انظر: جامع الأمّهات ص ٣٦٤، وص٣٩٨.

(٣) انظر: المحلّى ٥٠٩/٨.

(٤) انظر:طلبة الطّلبة ص٢٧٠،وأسرار البلاغة ص٦٩١،والمصباح المنير ص٣٠،و٢٥٩.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٣/٦، والذّخيرة ١٠٩/١٠، والمغني ٢٦٢/٧، والطّـــرق الْحكمية ص ١١٥، والمحلّى ٣٧٧/٦، و٤١١/٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٢٩.

(٦) انظر: بدايـــة المجتهـــد ٢٧٢/٣، و٢٧٥، والمغنـــي ٩٣/٤، و٢٦٢/٧، والمحلّـــى ٣٧٧/٦، و٥٠٩/٨، وفتح الباري ٤٩٦/١٠، و٤٣/١١.

واجتنباها والابتعاد عنها، ولا يجوز حمل النّاس على التُّهَم، والأصل في ذلك حديث عليّ بن حسين -رضي الله عنهما-، أنّ النّبيّ ﷺ كان مُعْتَكِفاً، فأَتَتْهُ زوجته صَفِيَّةُ بنتُ حُيَيّ -رضي الله عنها-، فَلَمَّا رَجَعَتْ انْطَلَقَ مَعَهَا، فَمَرَّ بِهِ رَجُلان من الأنصار؛ فَدَعَاهما فقال: ((إنّمَا هي صَفِيَّةُ))، قالاَ: سُبحان الله! قال: ((إنَّ الشَّيطَانَ يَجْرِي من ابن آدمَ مَجْرَى الدَّم))[1]؛ حيث فيه استحباب التّحرّز من التّعرّض لسوء ظنّ النّاس في الإنسان، وطلب السّلام والاعتذار بالأعذار الصّحيحة، وأنّه مَتَى فعل الإنسان ما قد يُنْكَرُ ظَاهِرُهُ ممّا هو حَقٌّ مباحٌ وقد يَخْفَى، فعليه أَن يبيّن حاله ليدفع ظنّ السّوء؛ لأنّ التُّهْمَةَ مُتَوَجِّهَةٌ إلى كلّ أحدٍ وفي كلّ شيءٍ[2].

وقد استدلّ به القائلون بِمنع الْحاكم من الْحكم بعلمه؛ حيث إنّ النّبيّ ﷺ كَرِهَ أَن يقع في قلب الأنصاريّين من وسوسة الشّيطان شيءٌ؛ فُمراعاة نفي التّهمة عنه مع عصمته تقتضي مراعاة نفي التّهمة عمَّن هو دونه أولَى[3].

قال في الذّخيرة: ((...واتّق كلَّ شيءٍ تَخافُ فيه التُّهْمَةَ في دينك أو دُنياك، أقْلِلْ طلبَ الْحوائج إلى النّاس؛ لأنّه يُخلق الوجه والحرمة...))[4].

وقد عَدَّهَا الشّرعُ مُؤَثِّرةً، ورَتَّبَ عليها أحكاماً إيجاباً أو نَفياً

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١٣/١٦٩، كتاب الأحكام، باب الشّهادة تكون عند الحاكم...، ومسلم في صحيحه ٤/١٧١٢، كتاب السّلام، باب بيان أنّه يُستحَبّ لمَن رُئيَ خاليا بامرأة... برقم: (٢١٧٥)، واللّفظ للبخاري.

(٢) انظر: المحلّى ٦/٣٧٧، و٤٠٩، وشرح مسلم للنّووي ١٤/٣٨٠.

(٣) انظر: فتح الباري ١٣/١٧٣، والطّرق الحكمية ص ٢٠٨.

(٤) الذّخيرة للقرافي ١٣/٣٦٠.

وإسقاطاً، أمّا الإيجاب؛ فحيث عَدَّهَا الشّرعُ سبباً لِحُكمٍ لولاها لَما كان، كما في حدّ القذف؛ حيث اتَّهَمَ القاذف الْمَقذوفَ بِتُهْمَةِ الزّنى ليس لـه عليها برهانٌ كافٍ؛ فإنّ هذه التُّهْمَةَ توجب حدَّ القـذف إذا تـوّفرت الشّروط وانتفت الموانع[١].

وأمّا النّفي والإسقاط؛ فحيث عَدَّهَا الشّرعُ سبباً لإسقاط حَقٍّ ونفيه لولاها لكان، مثال ذلك: إجماع أهل العلم علـى أنّ القاتـل لا يـرث الْمقتول[٢]؛ وكتوريث الْمبتوتة في المرض المخيف على الصّحيح[٣].

فهذه القاعدة من القواعدِ الْمُهِمَّة في الأحكام الشّـرعية، تتأكّـد أهمِيَّتُهَا على الْمُفتِي والقاضي، فهي مَدرَكٌ مِن مَدَارِك تَغَيُّرِ الفتوى بتَغَيُّـر الأزمان والأمكنة، وتغيّر الطّبائع والأعراف والعوائد، كما أنّها مُسـتندةٌ من مُستندات سدّ الذّرائع، فإذا راب الإنسانَ شيءٌ فَتَرْكُهُ وَرَعٌ في الدِّين، واستبراء عن التّهمة، كما أنّ التُّهمَةَ مانعةٌ من الموانع الشّرعية[٤].

قال عمر بن عبد العزيز -رحمه الله-: «تَحْدُثُ للنّاس أَقضيةٌ بِقَـدْرِ ما أَحْدَثوا مِنَ الفُجور»[٥].

---

(١) انظر: القاعدة [٥٢]، مسألة: حدّ القذف.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤/٤٣٧، والذّخيرة ٤/٥٧، و٤٠٠، و٥/٣٢، و٥٢٦.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٣/١٥٦-١٥٧، و٤/٤٣٧.

(٤) انظـر: بدايـة المجتهـد ٢/١٤٥-١٤٨، و٣/١٤٤، و١٥٧، و٢٦٩، و٢٧٥، و٤/٣٠٤، و٤٣٤، والذّخيرة ٥/٤٦٥، و٩/١٤٦، وشـرح مسـلم للنّـووي ١٤/٣٨٠، وإعلام الموقّعين ص ١٠٨، ومدخل لدراسة الشّريعة ص ٢٥٥.

(٥) ومثله عن الإمام مالك، انظر: رسالة ابن أبي زيد ص ٢٤٥، والـذّخيرة ٩/١٤٦، والفواكه الدّواني ٢/٢٤٠، وفتح الباري ١٣/١٥٥، والطّرق الحكمية ص ٢١٨، =

ذُكِرَ وجه استدلالهم به في الفواكه الدّواني[1] ما نصّه: «والمعنَى؛ أنّ المجتهد يجوز له أن يجدّد أحكاماً لم تكن معهودةً في زمن النَّبِيّ ﷺ، ولا في زمن الصّحابة، بقدر ما يُحْدِثُ النّاسُ من الأمور الخارجة عن الشّرع، ولكن لو وقعت في زمن النَّبِيّ ﷺ، أو في زمن الصّحابة لَحكموا فيها بذلك...؛ لأنّ قواعد الشّرع دلّت على أنّ عدم وقوعها في زمان النَّبِيّ ﷺ، وزمن الصّحابة لعدم حصول أسبابها، وتأخير الحكم لتأخير سببه لا يقتضي خروجه عن الشّرع؛ كما لو أنزل الله حكماً في اللّواط من رجمٍ أو غيره من أنواع العقوبات، ولم يوجد في زمان المصطفى عليه السلام ولا غيره من أصحابه، وَوُجِدَ في زماننا؛ فإنّا نحكم عليه بتلك العقوبة، ولا يعدّ هذا تَجديداً لشريعةٍ. ويَجب تقييد هذا كلّه بأَنْ لا يلزم عليه إباحة محرّم، ولا ترك واجب».

موقف المذاهب الفقهيّة من القاعدة:

هذه القاعدة مُجمع عليها لدى فقهاء الأمصار، ودلّ عليها أدلّة الشّريعة، ونصوص فقهاء الأمّة كما تقدّم ذكرها في فقرة توثيق القاعدة، وإن اختلفوا؛ ففي مجالات تأثيرها، وما يُعَدُّ تُهْمَةً مِمّا لا يُعَدُّ[2].

=

وذكر نحوه ابن حزم عن ابن وضاح في الْمُحلّى ٤٥٢/٨ أنّه قال: «أرى لفساد النّاس أن يُحلّف الحاكمُ الشّهودَ».

(١) الفواكه الدّواني للنّفراوي ٢٤٠/٢-٢٤١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٩٤/٣، و٣٤٣، و٣٨٢، و١٣٦/٤، و٣١/٥-٣٤، و١٤٥، و٣١٤، وبداية المجتهد ٤٣٧/٤، والذّخيرة ٤٨٩/٢، و٩٨/٣، و١٠٣، و٥٠٨/٥، و٥٢١، و١٠٩/١٠-١١١، و٢٦٤، والقوانين الفقهية ص ١٧٩، والمهذّب ٢١٢/٢، و٤٥٧، و٧٠٢، والمغني ٤٤٠/٥، و٢٢٩/٧، و٣٧٣/١٢،
=

تقسيم التّهمة من حيث تأثيرها وعدمه:

للتُّهمة تأثيرٌ في الشّرع، وهي تقدحُ في التّصرّفات إجماعاً في الْجُملة، إلاّ أنّها مختلفةُ المراتب؛ فمنها تُهمةٌ مُؤَثِّرةٌ إجماعاً، ومنها عكسها، ومنها وَسَطٌ بينهما اخْتُلفَ فيها، فتَجدر الإشارةُ إلى رُتَبِها وبيان التّهمة المؤثّرة من غير المؤثّرة، وتقسيم التّهمة بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام[(١)]:

القسم الأوّل: وهو أَعْلَى رُتَبِ التُّهْمَة؛ تُهْمَةٌ مُعْتَبَرَةٌ، تُـؤَثِّرُ في الإلغاء والإسقاط إجماعاً. مثالها: قضاء الإنسان لنفسه، وشهادته لنفسه.

القسم الثّاني: وهو أَدْنَى رُتَبِها؛ تُهْمَةٌ مردودةٌ غَيْرُ معتبرةٍ إجماعاً. مثالها: قضاؤه وشهادته لجيرانه، وأهل بيته وقبيلته.

القسم الثّالث: وهو مُتَوسِّطُ رُتَبِها؛ تُهْمَةٌ مُخْتَلَفٌ فيها، أَتُلْحَقُ بالأوّل، أم بالثّاني. مثالها: قضاؤه وشهادته لأخيه وامرأته.

من أسباب التّهمة:

١- تلبيس إبليس وتشويشه ووسوسته، قد يَجعل إنسانٌ يَتَّهِمُ أو يُتَّهَمُ، كما ورد في حديث قصة صفية أم المؤمنين -رضي الله عنها- مع النّبيّ ﷺ السّابق.

أمّا في باب الشّهادات فقد رُدَّتْ شَهَادَاتٌ بسبب التُّهْمَة لأسبابٍ منها[(٢)]:

=

والطّرق الحكمية ص ٢٠١-٢٢١، وإعلام الموقعين ص ٩٨، و١٠٨، و٦٠٣، و٨٠٦، وأحكام الجصّاص ١٣٧/٥، وأحكام ابن العربي ٤٠/٣.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٠٧/٥، و٥٢٢، والهداية ١٢٢/٣-١٢٣، والرّسالة ص ٢٤٦، والتّلقين ص ٥٣٤-٥٣٧، والْمنتقى ١٦٨/٧، والفروق ٤٣/٤، و٧٠، والذّخيرة ١٠٩/١٠، و٢٦٤-٢٦٥، وتهذيب الفروق ١١٣/٤، والْمغني ٣٣٨/١٢، و١٧٤/١٤-١٧٨، وشرح منتهى الإرادات ٦٧٥/٦.

(٢) تقدّم في معنَى القاعدة [٦٤] الإجمالي، وانظر: مختصر القدوري ص٢١٩-٢٢١، وبدائع الصّنائع ٢٦٣/٤، و٢٩/٥، و٤٢٧، و٥٢٤، و٥٢٩، والهداية ١٢٢/٣-

=

٢-الْمَحَبَّةُ؛ فإنّ العلماء أجمعوا على أنّها مُؤَثِّرَةٌ في إسقاط الشّهادة، وللعلماء في تأثير التّهمة بهذا السّبب ثلاثةُ مواضعَ:

مَواضعُ اتّفق فقهاء الأمصار على تأثير التُّهْمَة وإعمالها فيها، مثال ذلك: تُهْمَةٌ سببُها مَحَبَّةُ الولادة، كَرَدِّ شهادةِ الأصل وإن علا للفرع وإن سفل، والعكس كذلك، وتُسَمَّى البعضية، وهي التي من جهة عمودي النّسب الأعلى والأسفل.

ومَواضِعُ اتّفقوا على إسقاطها وعدم تأثيرها فيها، مثال ذلك: تُهْمَةٌ سببُها مَحَبَّةُ القرابة؛ كشهادة الأخ لأخيه ما لَم يدفع بذلك عن نفسه عاراً، ومَا لَم يكن مُنْقَطِعاً إلى أخيه شيئاً يناله بِرُّهُ وصِلَتُهُ.

ومَواضِعُ اختلفوا فيها، فأعملها بعضهم، وأسقطها الآخرون، مثال ذلك: تُهْمَةٌ سببُهَا الْمَحَبّةُ غير الولادة ولا القرابة، وكذلك البغض الذي سببه العداوةُ الدُّنيوية.

٣-الزّوجية، فلا تُقْبَلُ شهادة أحد الزّوجين للآخر؛ لِمَا تُلْحِقُ كلَّ واحدٍ منهما من التّهمة.

=

١٢٦، والمعونة ١٥١٩/٣، و١٥٢٩-١٥٣٧، والتّلقين ص ٥٣٤، والاستذكار ١٠٥/٦، والمنتقى ١٦٨/٧، وعقد الجواهر ١٠٣١/٣-١٠٣٣-١٠٤٣، وبداية المجتهد ٤٣٦/٤، والفروق٧٠/٤،ف (٢٣٠)، والذّخيرة ١٦٢/٧، و٢٥٩/١٠-٢٨٨، والقوانين الفقهية ص٢٠٢-٢٠٣، والمهذّب ٥٩٧/٣، و٦٣٢، و٦٨٢-٦٩٤-٧٠٢، وروضة الطّالبين ٣٤/١٠، و٢٣٤/١١-٢٥٢، ومختصر الخرقي والمغني ٢٥٨/٧، و١٧٤/١٤-١٨٥، والطّرق الحكمية ص ١٧٥، و٢٠٩، وإعلام الموقعين ص ٩٥، و٩٧، و٩٩-١٠١، و٨٢٥، و٨٣٤-٨٣٥، والمحلّى ٥٠٥/٨-٥١٠، و٤٨١/٩، وفتح الباري ١٧٣/١٣، ونظام القضاء ص ١٥٥-١٥٨.

٤- العداوة، فإذا كان الشّاهد عدوّاً للمشهود عليه امتنع قبول شهادته عليه في قول جماهير فقهاء الأمصار.

٥- جَلْبُ الْمنفعة، من أسباب اتّهام الشّاهد على وجه يترجح عدم صدقه وردّ شهادته، وكذلك في مقابله دفع الضّرر، فلا تُقْبَلُ شهادةُ الدّائنين لمدينهم الْمُفْلس بدَينٍ له على الغير، وشهادتهم لمدينهم الْمَيت بدَينٍ أو مالٍ له على الغير، وكذلك شهادة الكفيل للمكفول عنه بقضاء الْحَقّ، أو الإبراء منه، فهذا وأشباهه لا تُقْبَلُ الشّهادةُ فيه؛ لأنّ الشّاهد تَلحَقه التُّهمة؛ لما يحصل بشهادته من نفعٍ لنفسه، ودفع ضررٍ عنها؛ فيكون شاهداً لنفسه.

٦- الشّركة والوكالة، لا تُقبَلُ شهادةُ الشّاهد للمشهود إذا كان شريكاً له أو وكيلاً له فيما هو شريكٌ أو وكيلٌ فيه، وإن كانت شهادتهما في غير ما ذُكِرَ قُبلَت لانتفاء التُّهمة.

٧- خوف الجور، ومنه عدم تفويض الشّرع استيفاء الحدود الثّابتة إلى أصحابها، وجعل ولاية التّنفيذ إلى السّلطان؛ فالمقذوف مثلاً، لم يُفَوَّض استيفاء حدّ القذف إليه؛ لأجل التّهمة؛ لأنّ ضرب القذف أخفّ الضّربات في الشّرع، فلو فُوِّضَت إليه إقامتُهُ، لَرُبّما يقيمه على وجه الشّدة؛ لما لَحقَهُ من الغيظ بسبب القذف، فَفُوِّضَ استيفاؤه إلى الإمام دفعاً للتّهمة[١].

٨- ومن ذلك قبول شهادة الحسبة، وهي الشّهادة على وجه المبادرة من غير تقدّم دعوى، أو بعدها وقبل أن يُستَشْهَد، تُقبَلُ في حقوق الله تعالى المحضة، ولا تُقْبَلُ في حقوق الآدَميّ المحضة للتّهمة؛ لأنّ الْمُبادِرَ مُتَّهَمٌ[٢].

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢٢، وتهذيب الفروق ٤/١١٢، و١١٣، ومختصر المزني ص ٣٥٠.
(٢) انظر: التّمهيد ١٣/٣٥، روضة الطّالبين ١١/٢٤٢-٢٤٤.

٩-تطرّق التُّهمَة من جهة الشّذوذ في الشّهادة ومخالفة العادة؛ كشهادة البدوي على القروي[١]،ومَتَى انتفت التّهمةُ عن هؤلاء قُبلَت شهاداتهم.

من أدلّة القاعدة:

هذه القاعدة، تُعَدُّ أصلاً للقاعدة الرّابعة والسّتّين السّابقة، فهي بمقام تطبيقٍ من تَطبيقات عَمَليّةٍ لهذه القاعدة وفرعٍ من فروعها؛ فيستدلّ لثبوت هذه القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بما تقدّم ذكرها من أدلة تلك القاعدة المذكورة[٢]، بالإضافة إلى حديث عليّ ابن حسين -رضي الله عنهما- في قصّة زيارة صفيّة أم المؤمنين رضي الله عنها للنّبيّ ﷺ في مُعْتَكَفِه.

من تطبيقات القاعدة (مَجالات تأثير التُّهْمَة):

جَرى إعمالُ التُّهْمَة وتأثيرها في كثيرٍ من أبواب الفقه، بدءاً من العبادات حتّى الْمعاملات؛ كما في طلاق المريض في مرض الموت، فإنّه لا تمنع المرأة من الميراث بطلاقه فيه لأجل التّهمة، ويشمل باب المرافعات والأقضية والإقرار والشّهادات[٣].

أوّلاً: أمّا مثال تأثيرها في العبادات فمن ذلك تَفْرِيقُ جمهور فقهاء

---

(١) انظر: البيان والتّحصيل٩/٤٣٠، والمنتقى٧/١٦٨، وعقد الجواهر ٣/١٠٤٠، وروضة الطّالبين ١١/٢٤٥، والمغني١٤/١٤٩-١٥٠.

(٢) وانظر: بداية المجتهد ٤/٤٣٦-٤٣٨.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩-٢٢١، وبدائع الصّنائع ٢/٣٠٠، و٣/٣٥٦، و٤/٢٦٣، و٥/٢٩، و٦/٢٥٦، والهداية ٣/١٨٠، و١٨٩، والتّلقين ص ٥٣٤، والذّخيرة ٧/١٥٤، و٩/١٢٣، والمهذّب ٣/٦٢٩، و٧٣٢، و٧٣٥، وروضة الطّالبين ٤/١٣٢، و١١/٢٤٢-٢٤٤، والمغني ٧/٢٦٢، و٣٣١، والطّرق الحكمية ص ٢٠٨، وإعلام الموقعين ص ٩٥، و٨٢٥، والمحلّى ٧/١٠٠.

الأمصار بين رؤية هلال الصّوم والفطر؛ فإنّهم أجمعوا[١] على أنّ مَنْ أبصر هلال الصّوم وحده أنّ عليه أن يصوم، بخلاف رؤيته وحده هلال الفطر؛ فإنّ جمهور أهل العلم على أنّه لا يفطر،وهذا التّفريق مداره التّهمة، لمكان سدّ الذّريعة؛ لئلاّ يَدَّعِي الفسّاق أنّهم رأوا الهلالَ فيفطرون، وهم لَمْ يَرَوْهُ بَعدُ[٢].

ومن قبيل ذلك -أيضاً- تفريقهم بين عدد الْمُخْبِرين الذين يَجب قبول خبرهم عن الرّؤية؛ حيث أجمعوا على أنّه لا يُقبَلُ في الفطر إلاّ اثنان، واختلفوا في الصّوم، وذلك للتّهمة اللاحقة في هلال الفطر دون هلال الصّوم[٣].

ومن ذلك قولهم في صفة مَحْرَم المرأة في سفر الْحجّ أو غيره؛ أن يكون مِمَّن لا يجوز له نكاحها على التّأبيد، إمّا بالقرابة أو الرّضاع أو الصّهرية؛ لأنّ الحرمةَ المؤبّدة تُزيل التُّهْمَةَ في الخلوة[٤].

ثانياً: وأمّا مثال تأثيرها في الْمعاملات؛ فَمَنْعُ شراء الوكيل بالبيع لنفسه، ولا لأصوله وفروعه؛ لأنّه لا يستقصي في الثّمن والمثمن؛ فَمُنِعَ سَدّاً للذّريعة، ولأنّ اتّصال منافع الأملاك بينهما يورث التّهمة، لهذا لَم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه، وحيث لا تُهْمَة فجائزٌ؛ لأنّ الأصل

---

(١) إلاّ عطاء بن أبي رباح؛ فإنّه قال: لا يصوم إلاّ برؤية غيره معه.
انظر: بدائع الصّنائع ٢/٢٢١، والاستذكار ٣/١٦٤، و١٦٥، وبداية المجتهد ٢/١٤٥، و١٤٧، والذّخيرة ٢/٤٨٩-٤٩٠، والقوانين الفقهية ص ٧٩، والمهذّب ١/٥٧٦، و٥٧٧، و٥٧٩، والفروق للسّامُرِي ص ٢٥٦، ومنتهى الإرادات ١/١٥٦، ومعالم السّنن ٢/٧٥٣-٧٥٧.

(٢) وهذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، وخالف في ذلك الشّافعية.
انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: المراجع السّابقة.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٣٠٠، و٥٨٨.

الجواز[١].

وعليه مدار اختلاف الفقهاء في وقوع الطّلاق بغير اللّفظ الصّريح، قال ابن رشد: «أجمع المسلمون على أنّ الطّلاق يقع إذا كان بنيَّة، وبلَفْظ صريح، واختلفوا أَيقع بالنِّيَّة مع اللّفظ الذي ليس بصريح، أم بالنِّيَّة دون اللّفظ، أو باللّفظ دون النِّيَّة؟...، ومَنْ أعْمَلَ التُّهْمَةَ أوقعه باللّفظ فقط»[٢].

وعلى تأثير التّهمة -أيضاً- يُبْنَى اختلاف الفقهاء في توريث الْمُطَلَّقة طلاقاً بائناً في مرض موت الزّوج؛ حيث الْمريض يُطَلِّق زوجته طلاقاً بائناً ويَموت من مرضه؛ فذهب جمهور أهل العلم إلى أنّها تَرِثُهُ زوجتُهُ على اختلاف بينهم في كيفية التّوريث، وسبب الخلاف بين الجمهور القائلين بالتّوريث والمانعين؛ اختلافهم في وجوب العمل بِسدّ الذّرائع، وذلك أنّه لَمّا كان المريضُ يُتَّهَمُ في أن يكون إنّما طَلَّقَ في مرضه زوجتَهُ لِيَقطَعَ حَظَّهَا من الْميراث؛ فَمَنْ قال بِسدّ الذّرائع أوجب ميراثها، حسماً لِمادة التّهمة وإعمالها[٣].

ومِن ذلك تفريق المالكية في ضمان الرّهن إذا هلك بين ما يُغاب هَلاكُهُ؛ كالعروض، وما لا يُغابُ هلاكُهُ؛ كالْحيوان والعقار ونحوهما مِمّا

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٢٩/٥، و٣١-٣٤، و٢١٤/٦، والقوانين الفقهية ص ٢١٢، والمغني ٢٢٨/٧-٢٢٩، وإعلام الموقّعين ص ٨٣٤-٨٣٥.

(٢) بداية المجتهد ١٤٤/٣.

(٣) والقول بالتّوريث قول الحنفية والمالكية والحنابلة، خلافاً للشّافعية في الصّحيح عندهم.

انظر: الهداية ٣/٢، ورسالة القيرواني ص ٢٥٥، وبداية المجتهد ١٥٧/٣، والذّخيرة ٢٩٧/١٢، والمهذّب ٦٥٦/٢-٦٥٧، و٧٣٥، وروضة الطّالبين ١٣٢/٤، والمغني ٢٠٠/٩-٢٠١، و٥٣١/١٠.

لا يَخفى هَلاَكُهُ؛ فقالوا: الْمرتَهِنُ ضامنٌ فيما يُغابُ هلاكُهُ، ومُؤتَمَنٌ فيما لا يُغابُ عليه، ومعنَى ذلك: أنَّ التُّهْمَةَ تَلْحَقُهُ فيما يُغابُ عليه، ولا تَلحَقُهُ فيما لا يُغابُ عليه[١].

ثالثاً: وأمّا في الأقضية والمرافعات فمن ذلك ما تقرّر في القاعدة الرّابعة والسّتّين السّابقة أنّ الإنسان لا يَحْكُم لِنفسه، ولا لِمَن في حُكْم نفسه، وذلك لِما تَلحقه من تُهْمَة.

ومن ذلك اشتراط فقهاء الأمصار لِمَنْ يَتَوَلَّى ولاية القضاء؛ العفّة والابتعاد عن مواقع التُّهَم والتّرفّع عنها؛ فيشترط أن يكون: عدلاً وَرِعاً عفيفاً عن التُّهَمِة، صائن النّفس عن الطّمع؛ لأنّ القضاء من باب الولاية، بل هو أعظم الولايات؛ لأنّه أمانةٌ عظيمةٌ في الأموال، والأبضاع، والنّفوس، والأمن، والقضاء حكمٌ بين النّاس بالْحقّ؛ فالقاضي يحتاج إلى خصال حميدةٍ حتّى يصلح بها القضاء؛ لأنّه لا يقوم بوفائها إلاّ مَنْ كَمُلَ وَرَعُهُ وتَمَّ تقواه، والْمُتَّهَم المشهور بالفجور ليس أهلاً لذلك[٢].

وكذلك اشترطوا ألاَّ يقبل الهدية من أحد الخصمين إلاّ حيث لا تَلحقه تُهمَةٌ، ولا يُلَقِّن أحد الخصمين حُجَّتَهُ؛ لأنّ فيه إعانةً لأحدهما؛ فيوجب التُّهمَةَ[٣].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٥٩/٤-٦١، والمحلّى ١٣٨/٨-١٣٩.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٣٩/٥-٤٤٠، أنيس الفقهاء ص ٨٣، والمعونة ١٥٢٧/٣-١٥٢٩،و١٥٣٥،والمقدّمات٢٥٥/٢-٢٥٩،وعقدالجواهر١٠٠١/٣، و١٠١٢-١٠١٣،والمهذّب ٥٩١/٣-٥٩٥،و٥٩٨، والمغني١٤/٥-١٢، والمحلّى٤٢٧/٨.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٥٠/٥، والتّلقين ص ٥٣١، والمهذّب ٥٩٢/٣-٥٩٣، و٦١٦، ومختصر الخرقي والمغني ٥٨/١٤-٦٢.

وأَثَّرَت التُّهْمَةُ في أصل الدّعاوى والْمرافعات؛ حيث قَسَّمَهَا الفقهاء إلى دَعْوَى تُهمَة، ودَعوى غير تُهْمَة.

أمّا دعاوى التُّهَمِ فهي: دعوى الْجناية والأفعال المحرّمة، كدعوى فعلٍ مُحَرَّمٍ على المطلوب يوجب عقوبَتَهُ، مثلُ قتلٍ أو قطعٍ أو سَرِقَةٍ أو غير ذلك من العدوان الذي يتعذّر إقامة البيِّنة عليه في غالب الأحوال.

وهي -أيضاً- تنقسم ثلاثة أقسام؛ فإنّ الْمُتَّهَمَ لا يخلو إمّا أن يكون بَريئاً من أهل تلك التُّهْمَة، أو فاجراً من أهلها، أو مَجهولَ الحال لا يعرف الوالي أو الحاكم حاله.

القسم الأوّل: الْمُتَّهَمُ البَرِيء؛ فإن كان بَريئاً لَم يَجُز عقوبته اتّفاقاً، بل يُعَاقَبُ الْمُتَّهِمُ له في أصحّ القولين لأهل العلم، صيانةً لتسلّط أهل الشّرّ والعدوان على أعراض البراءة، والصّحيح أيضاً أنّه لا تُسْمَعُ الدّعوى في هذه الصّورة، ولا يَحلف الْمُتَّهَم؛ لئلاّ يتطرّق الأراذل والأشرار إلى الاستهانة بأهل الفضل والأخطار؛ لأنّ في الأصول أنّ مَنْ جاءَ بمَا لا يُشْبِهُ، ولا يُمكن في الأغلب لَم تُقْبَل دعواه.

القسم الثّاني: الْمُتَّهَمُ مَجهولُ الحال؛ فإن كان مستوراً مَجهولَ الْحال، لا يُعرَفُ برُّهُ ولا فُجُورُهُ، فهذا يُحبَسُ حتّى ينكشف حاله عند عامّة أهل العلم.

القسم الثّالث: الْمُتَّهَمُ الْمعروف بالفُجُور؛ كالسَّرِقَة وقطع الطّريق والقتل ونحو ذلك؛ فإنّه جائزٌ حَبْسُهُ؛ لأنّه إذا جاز حَبْسُ الْمَجْهول فَحَبْسُ هذا أَولَى وأحرَى[1].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٩/٤، و٣٦٧/٦، والهداية ٨٧/٣، و٨٩، والاستذكار =

ومن هذا القبيل أيضاً دعوى الْمُتَّهَمِ بالسَّرِقَة، إذا شُوهدت العملةُ معه، وليس من أهلها، أو رُئِي معه القماش والجواهر ونحوها ممّا ليس من شأنه؛ فادّعَى أنّه ملْكُهُ، وهو في يده، لَم يُلْتَفت إلى تلك اليد؛ لأنّها يدٌ مُبطلةٌ لا حكم لها[1].

ومنه أيضاً قول المالكية: إعمال الحيازة مدّةً طويلةً، يبطل دعوى ملْكية الغير في العين المحازة، مثاله: إذا رُئِي رجُلٌ حائزٌ لدارٍ متصرِّفٌ فيها مدّة سنين طويلة بالبناء والهدم والإجارة والعمارة وسائر التّصرّفات المفيدة لاختصاص ملكيّتها لصاحبها، وهو ينسبها إلى نفسه، ويضيفها إلى ملْكه، وإنسانٌ حاضرٌ يراه ويشاهد أفعاله فيها طوال هذه المدّة، وهو مع ذلك لا يُعارِضُهُ فيها، ولا يذكر أنّ له فيها حقّاً، ولا مانعٌ يمنعه من مطالبته، وليس بينهما قرابةٌ ولا شركةٌ ولا شبهة ملْك، ثم جاء بعد هذه المدّة يدَّعيها لنفسه، ويريد أن يقيم بيِّنةً بذلك؛ فدعواه غير مسموعةٍ أصلاً، فضلاً عن بيِّنته، وتبقى الدّار بيد حائزها؛ لأنّ هذه الدّعوى دعوى التّهمة؛ لأنّ العرف ينفيها، وتكذّبها العادةُ، ولَم يُوَقِّت الإمام مالكٌ في مدّة الحيازة توقيتاً، ورأى أنّه موكولٌ إلى اجتهاد الإمام[2].

وأمّا في الإقرار فقد اتّفق أهل العلم أنّ من شروط صحّة الإقرار انتفاءَ التُّهْمَةِ؛ فإذا أقرّ مَنْ لا يُتَّهَمُ على نفسه بشيءٍ، كان إقرارُهُ صحيحاً؛

=

١٢٥/٦، والذّخيرة ٥٣/٥، و٢٤٥، والمحلّى ٤٧٥/٦، و٢٣/١٢، والطّرق الحكمية ص ١١٥، و١٢٤-١٢٨.

(١) انظر: الطّرق الحكمية ص ١٣٨.

(٢) انظر: الاستذكار ١٩٠/٦-١٩٤، والطّرق الحكمية ص ١٣٩.

لأنّ الإنسانَ لا يُتَّهَمُ بإقراره على نفسه، وأمّا إذا اتُّهِمَ الإنسان في إقراره فإنّ إقراره يُعَدُّ لاغياً لا أثر له؛ لأنّ التُّهْمَةَ تَخِلُّ بِرجحان الصّدق على جانب الكذب في إقراره[١].

ومِن أمثلة الإقرار الذي يُرَدُّ للتُّهْمَة ما يلي:

المُفلس المَحجور عليه لا يقبل إقراره لأحدٍ سواء من الغرماء أم غيرهم؛ لأنّه مُتَّهَمٌ بهذا الإقرار في ضياع حقّ الغرماء أو بعضهم، وللعلماء في ذلك تفصيلٌ[٢].

المريض مرض الموت مَحجورٌ عليه في إقراره لمَن يُتَّهَمُ عليه من أجْنَبيٍّ أو وارث، وغير مَحجورٍ عليه في الإقرار لِمَن لا يُتَّهَمُ عليه منهما؛ فلا يُقبَلُ إقراره بِمالٍ لوارثٍ ولا لغيره فيما تَلحقه فيه تُهمَةٌ إلاّ أن تقام بيِّنةٌ، أو يجيزه الورثة؛ لأنّه مُتَّهَمٌ في إقراره بتواطئه فيه، إمّا مع أحد الورثة لنفعٍ يعود إليه، وإمّا لإلْحاق ضررٍ بالورثة، أو بعضهم؛ لأنّه لَمّا مَرِضَ مَرْضَ الموت؛ فقد تعلّق حقّ الورثة بِماله، إلاّ إذا كانت بَيِّنَةٌ تدفع التّهمة عنه[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٥٦/٣، و٢٥٦/٦، والهداية ١٨٠/٣، و١٨٩، والذّخيرة ١٥٤/٧، والقوانين الفقهية ص ٢٠٢، والمهذّب ٧٣٢/٣، والمغني ٢٦٢/٧، والطّرق الحكمية ص ٢٠١-٢٠٣، وإعلام الموقّعين ص ٩٩-١٠١، و٨٢٥، والمحلّى ١٠٠/٧، ونظام القضاء ص ١٣٧، وقواعد نظام القضاء ص ٩٨.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٥٣٥/٢، والذّخيرة ١٦٩/٨، وروضة الطّالبين ٢٣٤/١١، وإعلام الموقّعين ص ٨٢٥، وقواعد نظام القضاء ص ٩٨.

(٣) خلافاً للظّاهرية في قولهم: إنّ إقراره نافذٌ مطلقاً، كالصّحيح.

انظر: بدائع الصّنائع ٢٥٨/٦، و٢٦٤، و٤٣٤، والهداية ١٨٩/٣، وعقد الجواهر ٨٣٦/٢، والذّخيرة ١٥/٧، و١٤٠، و١٥٥، و٢١٩/٨، و٢٦٠/٩، والمهذّب ٧٣٥/٣، وروضة الطّالبين ١٣٢/٤، ومختصر الخرقي والمغني ٣٣١/٧-٣٣٤، =

وأمّا في الشّهادات فكذلك، أعني: اتّفقوا على اشتراط انتفاء التُّهْمَة لصحّة الشّهادة وقبولها؛ فحيث انتفت التُّهمَةُ قبلت الشّهادة مطلقاً[(١)].

وأيضاً فإنّ اشتراط أربعة شهداء عدولٍ في ثبوت حدّ الزّنى من تأثيرات التُّهمَة؛ لأنّ الْحدود تُدْرَأ بالشّبهات؛ فلا يثبت بمجرّد تُهمةٍ لا برهان لها، فاشترطت أربعة وهي أعلى البيِّنات، عملاً بالحكم بالتّواتر والاستفاضة؛ لأن ذلك طريقٌ من طرق العلم التي تنفي التُّهْمَةَ عن الشّاهد والْحاكم[(٢)].

مسألة: القضاء بالْخطّ، وكتاب القاضي، والشّهادة على الإقرار بما في الكتاب:

من الْمسائل التي أَعْمَلَ فيها جماهيرُ فقهاء الأمصار التُّهْمَةَ، وأدّى ذلك إلى اختلافهم مسألة القضاء بالخطّ، وكتاب القاضي، والكلام فيها يطول، وإنّما أذكر خلاصة قول المانعين من العمل بالخطوط، ومدَى تأثير التّهمة فيها.

المشهور من مذهب الأئمة الأربعة[(٣)] رجحان عدم الاعتماد على

=

وإعلام الموقّعين ص ٨٠٦، و٨٢٥، والمحلّى ٧/١٠٦-١٠٧، و٨/٤٠٣، وطرائق الحكم ص ١٧٦، ونظام القضاء ص ١٣٧، وقواعد نظام القضاء ص ٩٨-٩٩.

(١) انظر: التّلقين ص ٥٣٤، وبداية المجتهد ٤/٤٣٤، والقوانين الفقهية ص ٢٠٢، والمهذّب ٣/٦٨٤-٦٨٥، وإجماع ابن المنذر ص ٣٠، ف (٢٦٢، ٢٦٤)، ومختصر الخرقي والمغني ١٤/١٤٥، و١٥٠، وإعلام الموقّعين ص ٩٩-١٠١، والمحلّى ٨/٤٧٢، ونظام القضاء ص ١٥٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، وبدائع الصّنائع ٣/٣٨١-٣٨٢، و٤/٢٦٥، وعقد الجواهر ٣/١٠٤٣، والذّخيرة ٢/٤٨٩، ومختصر الخرقي والمغني ١٢/٣٧٥، و١٤/١٢٥، و١٤١، والطّرق الحكمية ص ٢٠٩-٢١٠.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع٥/٤٤٦، والهداية ٣/١٣١،وعقد الجواهر٣/١٠١٩، و١٠٤٦-١٠٤٨، والمهذّب ٣/٦٢٧-٦٢٨، ومختصر الخرقي والمغني ١٤/٧٣، و٧٩-٨٢، وصحيح البخاري

=

الخطوط والكتابات غير محفوظة؛ لإمكان التّزوير عليها، وذلك التّهمةُ عينُها، وحيث أُمِنَ التّزويرُ والتّهمةُ، وعُرِفَ الكتابُ والخاتمُ؛ فجائزٌ، واستثنَى الحنفية الحدود لكونها تُدْرأُ بالشّبهات.

وأمّا الشّهادة على الخطّ والكتاب، فقد اتّفق العلماء[1] على أنّها لا يَجوز للشّاهد أن يشهد إذا رأى خَطَّهُ إلاّ إذا تذكر تلك الشّهادة، فإن كان لا يَحفظها فلا يشهد؛ فإنّه مَنْ شاء انتقش خاتَماً، ومَن شاء كتب كتاباً، وقالوا: إنّ الشّهادة على الخطّ خطأٌ، وقد فعل مثله في أيّام الْخليفة الثّالث عثمان بن عفّان ﷺ في قصّة مذكورة في سبب مقتله، كان ذلك بسبب الخطّ؛ فإنّهم صنعوا مثل خَاتَمه، وكتبوا مثل كتابه؛ حتّى جرى ما جرى.

وإن كان الأصلُ جوازَ القضاء بالخطّ، وكتاب القاضي؛ لأنّ إجماع أهل الحديث قاطبةً على اعتماد الرّاوي على الخطّ المحفوظ عنده، وجواز التّحديث به، ولو لَم يعتمد على ذلك لضاع الإسلام اليوم، وسنة رسول الله ﷺ ؛ فليس بأيدي النّاس بعد كتاب الله إلاّ هذه النّسخ الموجودة في السّنن.

وكذلك كتب الفقه الاعتماد فيها على النّسخ.

وقد كان رسول الله ﷺ يبعث كتبه إلى الملوك وغيرهم، وتقوم بها حُجّة، ولم يكن يشافه رسولاً بكتابه بمضمونه، ولا جرى هذا في مدّة حياته

=

١٣/١٥٠، وشرح مسلم للنّووي ١١/٧٧-٧٩، وفتح الباري ٥/٤٢٢، و٤٢٣، و١٣/١٥٠-١٥٦، والطّرق الحكمية ص ٢١٣-٢٢١، وإعلام الموقعين ص ١٠٠.

(١) إلاّ ما رُوِيَ عن الإمام مالك أنّه أجاز الشّهادة على الْخطّ، وعَدَّه كثيرٌ من العلماء شذوذاً. انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٤٦، وعقد الجواهر ٣/١٠١٩، و١٠٤٦-١٠٤٨، والمهذّب ٣/٦٢٧-٦٢٨، ومختصر الخرقي والمغني ١٤/٧٣-٧٥، و٧٩-٨١، وفتح الباري ١٣/١٥٤-١٥٥، والطّرق الحكمية ص ٢١٧-٢١٩.

ﷺ ، بل يدفع الكتاب مَختوماً، ويأمره بدفعه إلى المكتوب إليه، وهذا معلومٌ بالضّرورة لأهل العلم بسيره وأيامه.

وقد ثبت عن النَّبيِّ ﷺ قوله: ((مَا حَقُّ امرئٍ مسلمٍ له شيءٌ يوصِي فيه، يبيت ليلتين إلاّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عنده))[١]، وهذا نصٌّ في جواز الاعتماد على خطّ الْمُوصِي، وكتابه؛ ولأنّ الكتابة تدلّ على المقصود فهي كاللّفظ، ولهذا يقع الطّلاق بها[٢].

وكذلك إذا أشهد القاضي شاهدين على كتابه، ولم يقرأه عليهما، ولا عرّفهما بما فيه؛ فقال المالكية يجوز ذلك، ويلزم القاضيَ المكتوبُ إليه قبولُهُ، وهو إحدى الرّوايتين عن الإمام أحمد، وهذا هو الأصل أيضاً.

وحجّتهم: كُتُبُ النَّبيِّ ﷺ إلى عماله من غير أن يقرأها على مَنْ حملها، وهي مشتملة على الأحكام والأقضية والسُّنَن.

ولأنّ القاضي إذا أقرّ أنّه كتابه؛ فالغرض من الشّهادة عليه أن يعلم القاضي المكتوب إليه أنّ هذا كتاب القاضي إليه، وقد يثبت عند القاضي من أمور النّاس ما لا يُحبّ أن يعلمه كلّ أحدٍ؛ كالوصية[٣].

وذهب الحنفية والشّافعية وروايةٌ عن الإمامين: مالكٍ وأحمد إلى أنّه إذا لَم يقرأه عليهما القاضي لم يعمل القاضي المكتوب إليه بما فيه،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٤١٩/٥، كتاب الوصايا، باب الوصايا، برقم: (٢٦٥٠)، ومسلم في صحيحه ١٢٤٩/٣، كتاب الوصيّة، برقم: (١٦٢٧)، واللّفظ لمسلم.

(٢) انظر: المهذّب ٦٢٧/٣، وشرح مسلم للنّووي ٧٧/١١-٧٩، وفتح الباري ٤٢٢/٥-٤٢٣، والطّرق الحكمية ص ٢١٥.

(٣) انظر: المهذّب ٦٢٧/٣، وفتح الباري ١٥٥/١٣، والطّرق الحكمية ص ٢١٨.

وحجّتُهُم: أنّه لا يجوز أن يشهد إلاّ بما يعلم[١].

إلاّ أنّ هذا الأصل انعقد إجماع فقهاء الأمصار فيما بعد على تأثير التّهمة فيه، فاشترطوا الشّهود على كتاب الخطوط، وكتاب القاضي.

قال في الطّرق الحكمية: «السّنة الصّريحة تدلّ على صحّة ذلك -أي: عدم اشتراط علم الشّاهدين بما في كتاب القاضي-، وتغيّر أحوال النّاس وفسادها يقتضي العمل بالقول الآخر»[٢]، أي: القاضي باشتراط قراءة القاضي الكتاب على الشّاهدين، وهذا حسماً لمادة التّهمة، وإعمالها.

وأوّل مَنْ سأل على كتاب القاضي البيِّنَةَ ابن[٣] أبي ليلى، وسَوَّارُ[٤] بن عبد الله[٥].

قال محمّد بن عبد الحكم: لا يقضي في دهرنا بالشّهادة على الخطّ؛ لأنّ النّاس قد أحدثوا ضروباً من الفجور، وقد قال مالكٌ في النّاس: تَحدث لهم أقضيةٌ على نحو ما أحدثوا من الفجور، وقد رَوَى عبدُ الله بن نافع عن مالكٍ قال: كان من أمر النّاس القديم إجازة الخواتيم حتّى إنّ

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٤٦-٤٤٧، والمراجع السّابقة.

(٢) الطّرق الحكمية لابن القيم ص ٢١٨، وانظر: المغني ١٤/٧٤، و٨٠-٨١.

(٣) هو: محمّد بن عبد الرّحمن بن أبي ليلى، قاضي الكوفة وإمامها، وهو صدوقٌ، اتّفقوا على ضعف حديثه من قبل سوء حفظه، وكان يُمْدَحُ في قضائه، وأمّا في الحديث فليس بحجّة، قال فيه الإمام أحمد: «فقْهُ ابن أبي ليلى أَحَبُّ إِلَيَّ من حديثه»، تُوُفِّي سنة: (١٤٨هـ). انظر: فتح الباري ١٣/١٥٣.

(٤) هو: سَوَّار بن عبد الله العنبَرِيّ، نسبة إلى بني العنبر من بَني تَميم، كان فقيهاً، ولاّه المنصور قضاء البصرة سنة: (١٣٨هـ)، وبقي على قضائها إلى أن تُوُفِّي في ذي القعدة سنة (١٥٦هـ)، انظر: فتح الباري ١٣/١٥٣.

(٥) أخرجه البخاري تعليقاً في صحيحه ١٣/١٥٠، كتاب الأحكام.

القاضي ليكتب للرّجل الكتاب، فما يزيد على ختمه؛ فيعمل به، حتّى اتُّهِمَ النّاسُ فصار لا يقبل إلاّ بشاهدين[1].

وقد نُقِلَ عن بعض السّلف قوله[2]: لا تَشْهَدْ أبداً إلاّ على شيءٍ تذكره؛ فإنّه مَنْ شاء انتقش خاتَماً، ومَن شاء كتب كتاباً، وما ذكر من الآثار فنعم، ولكن ذاك؛ إذ النَّاسُ ناسٌ، وأمّا الآن فكلاّ.

فإذا كان هذا هو الأمر والشّأن في زمن مالكٍ وابن أبي ليلى وغيرهما من سلف هذه الأمّة الصّالحين الذين عاشوا في القرون المفضّلة، إذا كان الشّأن ما قاله في مالكٌ في زمنه فيما نقله عنه محمّد بن عبد الحكم؛ تعليلاً لِمَا قَرَرَه هو في زمنه، فكيف بِمَن جاء بعدهم؟! وهم أكثر مسارعةً إلى الشّرّ مِمَّن مَضَى، وأدقّ نظراً فيه، وأكثر هجوماً عليه[3].

إذا كان ذلك كذلك، فما بال عصرنا الحاضر الذي انقلبت فيه الطّبائع والأعراف والعوائد السَّليمة؛ فأصبح المعروفُ مُنْكَراً، والْمُنْكَرُ معروفاً، وأصبح رواجُ نظامٍ أو سياسةٍ أو فكرةٍ بقدر تَمَكُّنِهِ في الكذب والافتراء والله المستعان.

فاعتداد التُّهْمَة إيجاباً وسلباً أصبح أمراً ضروريّاً، والنّظر فيها من حيث القوّة والضّعف؛ لحاجة هذا الزّمان الدّاعية إلى ذلك.

مسألة: الْحَبْسُ في التُّهْمَة:

ذهب جماهير فقهاء الأمصار إلى أنّ التُّهْمَةَ مُسَوِّغَةٌ لِحبس الْمَتَّهَمِ

---

(١) انظر: الذّخيرة ١٤٦/٩، وفتح الباري ١٥٥/١٣، والطّرق الحكمية ص ٢١٨.

(٢) مثل الإمام الشّعبي، انظر: فتح الباري ١٥١/١٣، و١٥٥، والطّرق الحكمية ص ٢١٩.

(٣) انظر: الذّخيرة ١٤٦/٩، وفتح الباري ١٥٥/١٣، والطّرق الحكمية ص ٢١٩.

الْمعروف بالفجور، وأنّ للإمام أو القاضي أن يَحبس الْمُتَّهَمَ حتّى يتبيّن أمره وينكشف، وللتّأديب واستيفاء الْحقّ[١]، وذلك لِما ورد أنّ النّبيّ ﷺ حَبَسَ رَجُلاً في تُهْمَة[٢].

قال في معالم السّنن: «فيه دليلٌ على أنّ الْحَبْسَ على ضربين: حَبْسُ عقوبة، وحَبْسُ استظهار؛ فالعقوبة لا تكون إلاّ في واجب، وأمّا ما كان في تُهْمَة فإنّما يستظهر بذلك؛ ليستكشف به عمّا وراءه»[٣].

والأصول الْمُتّفق عليها بين الأئمة توافق ذلك؛ فإنّهم مُتّفقون[٤] على

(١) خلافاً للظّاهرية؛ حيث قاولوا: إنّ الْحَبْس في التّهمة مَنسوخٌ بالنّهي عن الظّنّ، والْحبس في غير التّهمة منسوخٌ بوجوب حضور الْجمعة والجماعات.
انظر: مختصر القدروي ص ٢٢٥-٢٢٦، وبدائع الصّنائع ٦٠٩/٤، و٥١٨/٥، و٣١/٦، و١٤٤، و١٧٨، والهداية ١٢/٤، و٨٩، والاستذكار ٥١٩/٦، والمنتقى ١٤٣/٧، و٢٠١/٩، و٢٣٥، وبداية المجتهد ٤٥٤/٤، والمهذّب ٦٠٢/٣، و٦٢٤، و٧٤٢، وتكملة المجموع ٢٣٩/٢٢، والطّرق الحكمية ص ١٢٧، والمحلّى ٤٧٥/٦-٤٧٨، و١٠٧/٧، و٢٣/١٢-٢٥.

(٢) ثبت من حديث بَهز بن حكيم عن أبيه عن جدّه، وزاد النّسائي والتّرمذي: «ثُمَّ خَلَّى سَبِيلَهُ»، أخرجه أبو داود في سننه ٤٧/٤، كتاب الأقضية، باب الْحَبس في الدَّين وغيره، برقم: (٣٦٣٠)، والنّسائي في سننه ٦٦/٨/٤-٦٧، باب امتحان السّارق بالضّرب والْحبس، والتّرمذي في سننه ٢٠/٤، كتاب الدِّيات، باب ما جاء في الْحبس في التُّهْمَة، برقم: (١٤١٧)، والْحديث حَسَّنَهُ التّرمذي، وصَحَّحَه عليّ ابن الْمَدِيني، وضَعَّفَه ابن حزم.
انظر: سنن التّرمذي ٢٠/٤، ومختصر القدوري ص ١٢٩، والفروق ٧٩/٤، ف (٢٣٦)، والمحلّى ٤٧٦/٦، و٢٥/١٢، والطّرق الْحكمية ص ١٢٥.

(٣) معالم السّنن للخطّابي ٤٦/٤، وانظر: حاشية السّندي على النّسائي ٦٦/٨.

(٤) حكى الاتّفاق ابن القيم في الطّرق الحكمية ص ١٢٥، وانظر: بدائع الصّنائع ٤٤٦/٥، والفروق ٧٩/٤، ف (٢٣٦)، والمهذّب ٦٢٤/٣-٦٢٥، وروضة =

أنّ الْمُدَّعِي إذا طلب الْمُدَّعَى عليه الذي يسوغ إحضاره وجب على الْحاكم إحضاره إلى مَجلس الْحكم حتّى يفصل بينهما، ويحضره من مسافة العدوى التي هي عند بعضهم بريد[١]، وهو ما لا يُمكن الذّاهب إليه العود في يومه[٢]، وعند بعضهم يحضره من مسافة القصر، وهي مسيرة يومين، وقد يكون الْحاكم مشغولاً عن تعجيل الفصل، وقد يكون عنده حكوماتٌ سابقةٌ؛ فيكون الْمطلوب مَحبوساً معوقاً من حين يطلب إلى أن يفصل بينه وبين خصمه، وهذا حبسٌ بدون التّهمة، ففي التّهمة أولَى وأحرى؛ لأنّ الْحَبْسَ الشّرعِي ليس هو الْحبس في مكانٍ ضيِّق، وإنّما هو تعويق الشّخص، ومنعه من التّصرّف بنفسه سواء كان في بيتٍ أم مسجد أو كان بتوكّل الْخصم أو وكيله عليه وملازمته له، ولهذا سَمّاه النّبيُّ ﷺ أسيراً في قوله: «يا أَخَا بَنِي تَميم ما تريد أن تَفعَلَ بأسيرك؟»[٣].

وهذا كان هو الْحَبْسُ على عهد النّبيّ ﷺ، وأبي بكر الصّدّيق ﷺ،

=

الطّالبين ١١/٢٣٧، والمحلّى ٦/٤٧٧.

(١) البريد مصطلحٌ قديمٌ، وهو مسافةٌ قدرها ٤ فراسخ، يساوي اليوم بالميل ١٢ ميلاً، وبالذّراع يساوي ٤٨٠٠ ذراعاً، وبالْمتر يساوي ٢٢٣٩٤,٨٨ متراً. انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٨٧.

(٢) هذا قديم الزّمان، وأمّا اليوم وبعد أنْ مَنَّ الله على البشرية بالتّقدّم التّقنيّ في مجالات التّكنولوجية، وأصبح العَالَم قريةً واحدةً داخل الكوكب الأرضيّ الكرويّ، وتقارب الدّانيّ والقاصيّ، فإنّ هذا يُمكن، والْحَمْدُ كلّه لله أوّلاً وأخيراً.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٤/٤٦، كتاب الأقضية، باب في الْحبس في الدَّين وغيره، برقم: (٣٦٢٩)، وابن ماجه في سننه ٢/٨١١، كتاب الصّدقات، باب الْحبس في الدَّين والملازمة، برقم: (٢٤٢٨).

وضعّفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم: (٧٨٣)، وضعيف ابن ماجه برقم: (٢٤٢٨).

ولَم يكن لهما مَحْبَسٌ مُعَدٌّ لِحَبْس الْخصوم، ولكن لَمّا كان في زمن عمــر ابن الْخطاب ﷺ ،وانتشرت الرّعية، ابتاع بِمكّة داراً، وجعلها سِجناً يُحْبَسُ فيها، كما هو الْحال في الوقت الْحاضر، ويُتْرَكُ مقدار الْحبس في التُّهْمَة إلى اجتهاد الوالي أو الْحاكم[١].

مسألة: تَهديدُ الْمُتَّهَم:

يسوغ تَهديدُ الْمُتَّهَمِ الْمَعروف بــالفجور حتّــى يظهــر الْحــقّ ويتبيّن[٢]، ودليلُه: أثر عليّ بن أبي طالب ﷺ للظّعينة[٣] بعد أن أنكرت أن يكون معها كتابٌ: «لَتُخرِجنّ الكِتَابَ أو لَنُجرِّدَنّكِ»[٤]، فلَمّا رَأَتِ الْجدَّ أخرجته من حُجْزَتِها بعد هذا التّهديد الشّفوي.

مسألة: الضَّرْبُ في التُّهْمَة:

يسوغ ضرب الْمُتَّهَمِ الْمَعروف بالفجور، كما أمر النَّبيُّ ﷺ الــزّبير بتعذيب الْمُتَّهَمِ الذي غيّب ماله حتّى أقرّ به في قصة ابن أبي الْحقيق[٥].

---

(١) انظر: المنتقى ٢٠١/٩، والمهذّب ٦٠٢/٣-٦٠٣، والمحلّــى ٤٥٧/٨، والطّــرق الحكمية ص ١٢٥-١٢٧.

(٢) انظر: الاستذكار ٥١٩/٦، والمنتقى ٢٠١/٩-٢٠٢، والطّرق الحكمية ص ١٢٨.

(٣) الظّعينة هنا: الجارية، وأصلها: الْهَودَج، وسُمِّيت بها الْجارية؛ لأنّها تكــون فيــه، واسم هذه الظّعينة سارة مولاة لعمران بن أبي صيفي القرشي، وقيل غير ذلك. انظر: شرح مسلم للنّووي ٢٧٢/١٦-٢٧٣، وفتح الباري ٥٩٤/٧.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٥٥/٧، كتاب المغازي، باب فضلُ مَنْ شهد بدراً، برقم: (٣٨٤٠)، ومسلم في صحيحه ١٩٤١/٤، كتاب فضائل الصّحابة، باب مِن فضائل أهل بدر ري الله عنهم، برقم: (٢٤٩٤)، واللّفظ للبخاري.

(٥) أخرجه البيهقي في سننه ١٣٧/٩، وله أصل في صحيح البخاري، تقدّم تخريجه في القاعدة [٦٠]، أدلّة البيّنة من السّنّة، وانظر: فتح الباري ٥٤٨/٧.

وكما ضرب النّعمان بن بشير الْمُتَّهَمَين بالسَّرِقَةِ حتّى توصّل إلى ظهور الْمال الْمسروق عندهما[١].

وكلّ ما سبق من حَبْسٍ أو تَهديدٍ أو ضربٍ ونحوه لا يكون إلاّ بإذن الإمام؛ لأنّه لا يُحَدّ العاصي ولا يُعَزَّرُ إلاّ بإذن الإمام، وتوقيت ذلك أيضاً راجعٌ إلى اجتهاده[٢].

أَيُعْتَدُّ باعتراف الْمُتَّهَم على إثر التّهديد أم الضّرب أم الْحبس؟ الذي عليه جماهير فقهاء الأمصار أنّه لا يلزمه إقراره كان الوالي عَدلاً أو غير عدلٍ؛ لِما في ذلك من شُبهةٍ، والْحدود تُدْرَأ بالشّبهات[٣].

---

(١) انظر: إعلام الموقّعين ص ٧٨، والطّرق الْحكمية ص ١٢٨.

(٢) انظر: المنتقى ٩/٢٠١-٢٠٢، والمحلّى ٦/٤٧٧-٤٧٨، وشرح مسلم ١٦/٢٧٣.

(٣) انظر: المنتقى ٩/٢٠٥، والمحلّى ٦/٤٧٥-٤٧٨.

المبحث الثّامن: القاعدة السّادسة والسّتّون [٦٦]

[إِذَا اجْتَمَعَ الحَقَّان لَم يُسْقِطْ أَحْدُهُمَا الآخَرَ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في مسألة: الواجب على مَنْ أَكْرَهَ امرأةً على الزِّنى، أَعليه مع الحدّ صَداقٌ أم لا؟ دليلاً لأحد الأقوال؛ حيث قال: «ومن هذا الباب: اختلافهم في الْمُكْرَهَةِ على الزّنى، أَعلى مُكرِهِهَا مع الحدّ صداقٌ أم لا؟

فقال مالك والشّافعي واللّيث: عليه الصّداقُ والحدُّ جَميعاً[1].

وقال أبو حنيفة والثّوري: عليه الحدّ ولا صداق عليه، وهو قول ابن شبرمة[2].

وعمدة **مالك أنّه وجب عليه حَقَّان: حقٌّ لله، وحَقٌّ للآدَميّ؛ فَلَم يُسْقِطُ أَحْدُهُما الآخَر**؛ أصله: السّرقة التي يجب بها عندهم غرمُ المال والقطع.

وأمّا مَنْ لَم يوجب الصّداق؛ فتعلّق في ذلك بمعنَيَين:

أحدهما: أنه إذا اجتمع حقّان: حَقٌّ لله وحَقٌّ للمخلوق؛ سقط حَقُّ الْمخلوق لِحَقِّ الله، وهذا على رأي الكوفيّين في أنّه لا يَجمع على السّارق غرمٌ وقطعٌ.

---

(١) وهو المذهب عند الحنابلة.
انظر: المهذّب ٢/٧٤٢، و٧٤٤، و٣/٥٣٢، وقواعد الأحكام ١/١٨٣، و١٨٤، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢١/٢٩١-٢٩٣.

(٢) وهو روايةٌ عن الإمام أحمد، وهناك روايةٌ: أنّه يجب للبكر خاصّة، والأوّل هو المذهب.
انظر: مختصر القدروي ص١٤٧، و١٩٦، وبدائع الصّنائع ٥/٤٨٨، والشّرح الكبير والإنصاف ٢١/٢٩٢.

والْمعنَى الثّاني: أنّ الصّداق ليس مقابل البضع، وإنّما هو عبادةٌ؛ إذ كان النّكاح شرعيّاً، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النّكاح الّذي على غير الشّرع»[١].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «فصلٌ: وأمّا حكم الحدود إذا اجتمعت؛ فالأصل في أسباب الحدود إذا اجتمعت أن يُقَدَّم حقّ العبد في الاستيفاء على حقّ الله ﷻ لحاجة العبد إلى الانتفاع بحقّه»[٢].

ما جاء في الأشباه والنّظائر: «إذا اجتمع الحقّان قُدِّمَ حَقّ العبد لاحتياجه، على حقّ الله -تعالى- لغناه بإذنه، إلاّ فيما إذا أحرم وفي ملكه صيدٌ وجب إرساله حقّاً لله تعالى»[٣].

ما جاء في الاستذكار: أنّ السَّكْران إذا سرق وقتل، تقام عليه الحدود كلّها[٤].

ما جاء في عقد الجواهر: «الفرع الثّالث: إذا اجتمعت عقوبات الآدَمِيِّين؛ كحدّ القذف والقطع والقتل، وطلبوا جميعاً، جُلِدَ، ثم قُتِلَ، ودخل القطعُ في القتل.

الفرع الرّابع: إذا اجتمعت حدود الله -تعالى-؛ كجلد الشّرب

---

(١) بداية المجتهد ٤/١٥٣-١٥٤.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٥٣٢.

(٣) أشباه ابن نجيم ص ٣٩٢.

(٤) انظر: الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ٧/١٧٠، وانظر: القوانين الفقهية ص ٢٣٦.

والزّنى وقطع السّرقة والقتل؛ قُتِلَ، وهو يأتي على ما قبله، ولو اجتمع حدّ القذف وحدّ الشّرب، تداخلا، وأجزأ عنهما جَلد ثَمانين أو أربعين»[١].

ما جاء في الجامع لأحكام القرآن مُعلّلاً للقول باجتماع الغرم مع القطع: «واستدلّ على صحّته بأنّهما -أي: القطع والغرم- حَقّان لِمُستحقَّين، فلا يُسقطُ أحدُهُما الآخر؛ كالدّية والكفّارة»[٢].

ما جاء في المهَذّب: «فصلٌ: إذا زنَى دُفُعَات حُدَّ للجميع حَدّاً واحداً، وكذلك إن سرق دُفُعَات، أو شرب الخمرَ دُفُعَاتٍ حُدَّ للجميع حَدّاً واحداً؛ لأنّ سببها واحدٌ،فتداخلت.

وإن اجتمعت عليه حُدُودٌ بأسباب؛ بأن زنى وسرق وشرب الخمر وقذف، لَم تَتَداخل؛ لأنّها حدودٌ وجبت بأسباب، فلم تَتَدَاخل.

وإن اجتمع عليه الْجَلد في حدّ الزّنى، والقطع في السَّرِقَة أو في قطع الطّريق، قُدِّمَ حَدُّ الزّنى، تَقَدَّم الزّنى أو تأخّر؛ لأنّه أخفّ من القطع، فإذا تقدّم أمكن استيفاء القطع بعده، وإذا قُدِّمَ القطع، لَم يُؤْمَن أن يموت منه، فيبطل حَدّ الزّنا.

وإن اجتمع عليه مع ذلك حَدّ الشّرب، أو حدّ القذف قُدِّمَ حدّ الشّرب، وحدّ القذف على حدّ الزّنى؛ لأنّهما أَخَفُّ منه، وأَمْكَنُ للاستيفاء»[٣].

ما جاء في المقنع: «...وأمّا حقوق الآدَمِيّين فَتُستَوفَى كُلُّها، سواء

---

(١) عقد الجواهر لابن شاس ١١٧٥/٣.

(٢) تفسير القرطبي ١٥٧/٦.

(٣) المهذّب للشّيرازي ٥٨٦/٣، وانظر: روضة الطّالبين ١٦٣/١٠.

كان فيها قَتلٌ أم لَم يكن، ويُبدَأ بغير القتل»[1].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة سهلة التّركيب، واضحة المعنَى ومفهومة المراد.

والحقوق على أربعة أنواع[2]:

الحقُّ الأوّل: حَقٌّ مَحْضٌ لله -تعالى-؛ كالإيمان بجميع أركانه، والعبادات، وما تَمحّض حقّاً من الحدود، والحقوق المالية؛ كالزّكاة.

والمراد بِحَقُّوقِ الله أمره ونَهيه، مِمّا وجب لله -تعالى- على عباده الحقّ العام، وهو أن يطيعوه ولا يعصوه.

الحقّ الثّاني: حَقٌّ مَحَضٌ للآدميّ الْمَخلوق، ويشمل كلَّ حقٍّ غلب فيه حَقُّهُ، ويَتَمكّن من إسقاطه؛ كالنّقود والدّيون؛ فإنّه لو أسقطها لسقطت، وإلاّ فَما مِنْ حَقٍّ لآدَميٍّ إلاّ وفيه حَقٌّ لله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحقّ إلى مُستحقّه، فيوجد حقٌّ لله -تعالى- دون حقّ العبد، ولا يوجد حقٌّ لعبد إلاّ وفيه حقٌّ لله -تعالى-، وإنّما يعرف ذلك بصحّة الإسقاط؛ لأنّ الأصل أنّ كلّ صاحب حقٍّ لا يُمْنَعُ من

---

(١) المقنع لِموفّق الدِّين ابن قدامة ٢١٥/٢٦، وانظر: منتهى الإرادات ٢٨٥/٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٣٩/٥، و٥٢١-٥٢٣، و٢٥٧/٦، والمعونة ١٤١٠/٣، وتفسير القرطبي ١٥٩/١٢، والفروق ١٤٠/١-١٤٢، ف (٢٢) والذّخيرة ٩٣/٥، وتهذيب الفروق ١٥٧/١، ف (٢٢)، والمهذّب ٥٨٦/٣، وقواعد الأحكام ١٥٣/١-١٥٥-١٦١، والمنثور ٢٩٩/١، وتكملة المجموع ٨٢/١٩، والمغني ٢٣٦/١٤-٢٣٨، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢١١/٢٦-٢٢٠، وإعلام الموقّعين ص٩٣، وقواعد ابن رجب ق (٨٥) ص٤٢٣-٤٣٤، ومعجم لغة الفقهاء ص١٦١.

إسقاط حَقِّه إذا كان جائزَ التّصرّف، بأن يكون غير محجور عليه، وكان المحلّ قابلاً للإسقاط، بأن لَم يكن عيناً أو شيئاً مُحرَّماً، ولم يكن هناك مانعٌ لتعلّق حَقّ الغير به؛ فكلّ ما للعبد إسقاطُهُ فهو الذي يُرَادُ به حقّ الآدَمِيّ، وكلّ ما ليس له إسقاطه فهو المراد بِحقّ الله -تعالى-[1].

والمراد بِحقوق الآدَمِيّ هي جلب مَصالحه ودفع مفاسده، وما وجب له على غيره من عينٍ ودينٍ ونسبٍ وقصاصٍ وحدٍّ وطلاقٍ وعتاقٍ ونحوها، وهو إمّا حَقٌّ شَخصيٌّ، وهو ما وجب لشخصٍ مُعَيَّنٍ على غيره، أو حَقٌّ عَينيٌّ، وهو تعلّق الحقّ بِعينٍ مُعيَّنةٍ لا بِذمَّة[2]، وحقوق الآدَمِيّ إمّا في حياته أو بعد مَماته[3].

الحقّ الثّالث: حقوقٌ مشتركَةٌ بين الله الخالق -سبحانه وتعالى-، وبين عباده المخلوقين؛ كالزّكاة والصّدقات والكفّارات والأموال المندوبات، والضّحايا والهدايا والوصايا والأوقاف؛ فإنّ هذه قربةٌ إلى الله تعالى من وجهٍ، ونفعٌ لعباده من وجهٍ آخر، والغرض الأظهر منها نفع عباده وإصلاحهم بِما وجب من ذلك، أو ندب إليه؛ فإنّه قربةٌ لباذليه ورفقٌ لآخذيه.

ومن أمثلة الحقوق المشتركة: الأذان، والصّلاة؛ فإنّ الأذان يَتَضَّمن

---

(١) انظر: الفروق ١/١٩٥، وتهذيب الفروق ١/١٩٥-١٩٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٢٥٧، والمنتقى ٩/٢١٠، والفروق ١/١٤٠، ف (٢٢)، وتهذيب الفروق١/١٥٧،وقواعد الأحكام١/١٥٣، و١٥٥-١٥٧-١٦١، و١٦٧، والمنثور ١/٣٠٣، وتكملة المجموع ٢٠/١٧٥، والمغني ١٤/٢٣٦، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١٥،ومقاصد ابن عاشور ص٤٢٣، ومعجم لغة الفقهاء ص١٦١.

(٣) انظر: قواعد الأحكام ١/١٦٦.

حقّ الله -تعالى- بالتّكبيرات والشّهادة بالوحدانية، والشّهادة برسالة رسول الله ﷺ، والإرشاد إلى تعريف دخول الأوقات في حقّ النّساء والمنفردين، والدّعاء إلى الجماعات في حقّ المقتدي، وكذلك الصّلاة، والجهاد[١].

وكذا كفّارة الظّهار؛فيها حَقٌّ مَحضٌ لله -تعالى-، وهو الصّيام، وفيها حَقٌّ للمُظَاهِر وهو تَحليل الوطء، وفيها حَقُّ الأرقّاء بالإعتاق، وللمساكين بالإطعام عند العجز عن الصّيام[٢].

الحقّ الرّابع: حقٌّ مُختلفٌ فيه، هل يُغَلَّب حَقُّ الله أم حَقُّ الآدَمِيّ؟ كحدّ القذف.

والنّصوص الشّرعية الآمرة بالإصلاح والزّاجرة عن الإفساد كثيرةٌ، وهي مشتملةٌ على الأمر المتعلّق بِحقوق الله -تعالى-، وحقوق عباده، وعن النّهي عن الإفساد المتعلّق بِحقوق الله -تعالى-، وحقوق عباده[٣].

وهذه القاعدة تُبَيِّن خاصّةً من خصائص الحدود التي هي حَقٌّ من حقوق الله -تعالى- المحضة، وتُبَيِّن الحدود التي هي حقٌّ من حقوق الآدميّ المحضة، ومثال الحدود التي تَمَحَّضت حقّا لله -تعالى-: حدّ الزّنى وقطع الطّريق والشّرب والسّكر والسّرقة؛ فمن خصائص هذا النّوع من حقوق الله أنّها لا مدخل للصّلح والإسقاط والمعاوضة فيها؛ فلا تَحتَمل العفو والصّلح والإبراء بعد ثبوتها بالحجّة عند الإمام؛ لأنّها حقٌّ لله -تعالى- خالصةً لا حقّ للعبد فيها؛ فلا يَملك إسقاطها، ولأنّ العفو إنّما يكون من صاحب الحقّ،

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ١/١٥٣-١٥٥.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ١/١٥٥، والمنثور ١/٢٩٩.

(٣) انظر: قواعد الأحكام ١/١٥٦-١٥٧.

ولا يصحّ الصّلحُ والاعتياض؛ لأنّ الاعتياض عن حقّ الغير لا يصحّ، بخلاف حقوقٍ محضة للآدَمِيِّين؛فإنّها تقبل الصّلح والإسقاط والمعاوضة(١).

ومن خصائص حقوق الله -أيضاً- أنّه يجري فيها التّداخل، يعني: أنّ الحدّ الأصغر ينطوي في الأكبر، ويقوم مقامه، ويسقط الأصغر للأكبر، بخلاف حقوقٌ مَحضةٌ للآدَمِيِّين(٢).

ومن خصائص حقوق الله -تعالى- المحضة أنّها تُقْبَلُ فيها شهادة الحسبة، وهي الشّهادة على وجه المبادرة من غير تقدّم دعوى، أو بعدها وقبل أن يُستَشْهَد، وأمّا ما تَمَحَّض من حقوق الآدَمِيّ كالقصاص وحدّ القذف والبيوع والأقارير فلا تُقْبَلُ فيها شهادة الحسبة، وهي مردودةٌ للتّهمة التي تلحقه(٣).

ومن خصائص حقوق الله -تعالى- أنّها مَبنيّةٌ على المسامحة؛ لأنّ الله تعالى علوّاً كبيراً من أن يلحقه ضررٌ في شيءٍ، بخلاف الآدَمِيِّين؛ فإنّهم يتضرّرون فكان مَبْنَى حقوقهم على المطالبة(٤).

ذلك؛ لأنّ الحدود كلّها وجبت لِمصالح العامّة، وهي دفعُ فسادٍ يرجع إليهم ويقع حصول الصّيانة لهم؛ فحدّ الزّنى وجب لصيانة الأبضاع عن

---

(١) انظر: الفروق ١/١٩٥، وبداية المجتهد ٤/٣٩١-٣٩٣، وإعلام الموقّعين ص٩٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٣٩، و٥٢١-٥٢٢، و٦/٢٥٧، وبداية المجتهد ٤/٣٩١-٣٩٣، والمهذّب ٣/٥٨٦، وروضة الطّالبين ١١/٢٤٢-٢٤٤، والمنثور ١/٣٠٤، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١١-٢٢٠.

(٣) انظر: روضة الطّالبين ١١/٢٤٢-٢٤٤، والشّرح الكبير ٢٦/٣٥٦.

(٤) انظر: المنثور ١/٢٩٩، والشّرح الكبير ٢٦/٢١٥-٢١٦، و٣٥٦.

التّعرّض، وحدّ السَّرِقة وقطع الطّريق وجب لصيانة الأموال والأنفس عن القاصدين، وحدّ الشّرب وجب لصيانة الأنفس والأموال والأبضاع في الحقيقة، بواسطة صيانة العقول عن الزّوال والاستتار بالسّكر، وكلّ جنايةٍ يَرْجِعُ فَسَادُهَا إلى العامّة، ومنفعة جزائها يعود إلى العامّة كان الجزاء الواجب بها حقَّ الله -عزّ شأنُهُ- على الخلوص تأكيداً للنّفع والدّفع، كيلا يَسْقُطُ بإسقاط العبد،وهو معنَى نسبة هذه الحقوق إلى الله تبارك وتعالى[١].

ومن هنا قال الحنفية بأنّ حدّ القذف حقٌّ من حقوق الله -تعالى- محضة؛ لأنّ هذا المعنَى المذكور موجودٌ في حدّ القذف؛ لأنّ مصلحةَ الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامّة بإقامة هذا الحدّ، فكان حقّ الله -عزّ شأنه- على الخلوص كسائر الحدود[٢].

والجمهور الذين يرون أنّه حقٌّ من حقوق العباد قالوا: إنّ سبب وجوب هذا الحدّ هو القذف، والقذف جنايةٌ على عرض المقذوف بالتّعرّض، وعرضه حَقُّه، بدليل أنّ بدل نفسه حَقُّهُ، وهو القصاص في العمد أو الدِّية في الخطأ؛ فكان البدلَ حَقُّهُ، والجزاء الواجب على حقّ الإنسان حقّه كالقصاص، والدّليل عليه أنّ الشّرع اشترط فيه الدّعوى من المقذوف، والدّعوى لا تشترط في حقوق الله تعالى كسائر الحقوق[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢١-٥٢٣، و٥٣٣، والفروق ١/١٩٥، وقواعد الأحكام ١/١٧٨-١٩٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢٢، و٥٣٣.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢٢، والمعونة ٣/١٤١٠، وبداية المجتهد ٤/٣٩١-٣٩٣، والفروق ١/١٤٠-١٤١، وتهذيب الفروق ١/١٥٧، والمهذّب ٣/٥٨٦، وقواعد الأحكام ١/١٩٤، والشّرح الكبير ٢٦/٢١٥، و٣٥٦، ومنتهى الإرادات =

أمّا الحدود التي هي حقوق الآدَميّ المحضة مثل: القصاص؛ فإنّها لا يَجري فيها التّداخلُ، ولا يُسْقطُ أحدُهُما الآخر؛ لأنّها تَجب بطريق المُمَاثلة، إمّا صورةً ومعنًى، وإمّا معنًى لا صورةً؛ ولأنّها تَجب بمقابلة المحلّ جبراً، والجبر لا يحصل إلاّ بالمثل، بخلاف حقوق الله تعالى؛ فإنّه لا تُعْتَبَرُ فيها المماثلة؛ لأنّها تجب جزاءً للفعل، وكذلك حقّ العباد يجب بمقابلة المحل، ولا يختلف باختلاف حال الجاني، بخلاف حقوق الله؛ فإنّ الجناية تتكامل بكمال حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله، فحقوق الآدَميّ لا تتداخل، ولا يسقط بعضها لبعضٍ إلاّ بإسقاط آدَميٍّ له[(١)].

أمّا الحقوق المختلف فيها بين كونها حقّاً لله -سبحانه وتعالى- أو لعباده، فمثاله: حدّ القذف على الخلاف السّابق ذكره، وعلى أنّه حقّ من حقوق الآدَميّ وهو الأظهر؛ فإذا قذف نفراً بكلمةٍ واحدةٍ وجب عليه لكلّ واحدٍ منهم حَدُّهُ، ولا يجري فيه التّداخل، وعلى القول بأنّه حقٌّ من حقوق الله، لا يجوز فيه العفو ولا الإبراء ولا الصّلح، ويجري فيه التّداخل، فإذا قذف نفراً بكلمةٍ أو قذف كلّ واحدٍ بكلامٍ على حدة لا يجب عليه إلاّ حَدٌّ واحدٌ، سواء حضروا جميعاً أم حضر واحدٌ[(٢)].

=

٢/٢٨٥، و٢٩٠.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢٢-٥٢٣، والفروق ١/١٩٥، وقواعد الأحكام ١/١٦٧، و١٨٧، وروضة الطّالبين ١٠/١٦٤-١٦٥، والمنثور ١/٣٠٤، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١٥.

(٢) القول بتعدّد حدّ القذف بتعدّد المقذوف مطلقاً مذهب الشّافعية ورواية عن الإمام أحمد، وعكسه مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة؛ فإنّهم قالوا: إن قذف جماعة بكلمةٍ واحدةٍ، كأن قال: هم زُنَاةٌ؛ فطالبوا كلّهم أو طلب بعضهم؛ فعليه حَدٌّ

=

فموضوع هذه القاعدة هو حقٌّ من حقوق الآدميّ الخالصة المحضة، أو التي الْمغَلَّب فيها حقّ الآدَميّ؛ فإنّها لا تَتَدَاخل، ولا يُسْقِطُ بَعْضُهَا بَعْضاً، بل لا بدّ من استيفائها جميعاً، سواء في ذلك حَدٌّ، أم غيره من الحقوق الآدميّة، ماليَةً كانت أو غيرها.

وكذلك يدخل فيه حقوق الله -تعالى- التّكليفية الواجبة على عباده؛ كالعبادات، فإنّه لا يُسْقِطُ بَعْضُهَا بَعْضاً، فلا تسقط صلاةٌ لصيامٍ ولا العكس.

وأمّا الحدود المتمحّضة حقّاً لله -سبحانه وتعالى-، أو التي المغَلَّب فيها حقّ الله؛ فإنّها تَتَدَاخلُ، ويقوم بعضها مقام البعض، ويَسْقُطُ بَعْضُها لبعضٍ، إذا اتّحد سببها، أو اختلفت أسبابها ولكن اتّحد جنسها[1].

والحقوق كلّها مقاصد، ووسائل، أو وسائل الوسائل، وهي كلّها منقسمةٌ إلى ما ليس له سببٌ؛ كالحجّ والاعتكاف والطّواف، وإلى ما له سببٌ؛ كالصّلاة والزّكاة والمعاملات والحقوق المالية[2].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

=

واحدٌ؛ لأنّه قذفٌ واحدٌ، وأمّا لو قذف كلاًّ منهم قذفاً مفرداً فحينئذٍ يتعدّد الحدّ بتعدّد سببه، وعليه لكلّ واحد منهم حَدٌّ.

انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢٢، و٥٣٣، والمعونة ٣/١٣٩٩، وبداية المجتهد ٤/٣٩١-٣٩٢، ومختصر المزني ص ٣٥٠، والمهذّب ٣/٥٥٢، وقواعد الأحكام ١/١٩٤، وروضة الطّالبين١٠/١٦٤-١٦٧، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦/٤٠٤، ومنتهى الإرادات٢/٢٩٠، وشرح منتهى الإرادات٦/٢١٥.

(١) انظر: المعونة ٣/١٣٩٨، و١٤٢٨-١٤٢٩، والمهذّب ٣/٥٨٦، وروضة الطّالبين ١٠/١٦٣-١٦٧، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١١-٢١٥.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ١/١٦٧، و١٩٨.

هذه القاعدة مجمعٌ عليها لدى الفقهاء في الجملة، إلاّ أنّ لهم فيها تفاصيلَ على نحوٍ ممّا تقدّم[١].

والأصل عندهم في أسباب الحدود إذا اجتمعت أنْ يُقدَّم حَقُّ العبد في الاستيفاء على حقّ الله ﷻ؛ لحاجة العبد إلى الانتفاع بحَقّه، وتعالى الله علوّاً كبيراً عن الاحتياجات، ويُقَدَّمُ الأَخَفُّ فالأَخَفُّ في الاستيفاء؛ فَمَن كان عليه قصاصٌ في النّفس، وقصاصٌ فيما دون النّفس، وحدّ القذف، فيبدأ بحدّ القذف، ثم القصاص فيما دون النّفس، ثم في النّفس استيفاء لحقوق الآدَميّ[٢].

ثم حقوق الله إمّا أن يمكن استيفاؤها أو لا يمكن؛ فحيث لا يمكن استيفاؤها سقطت ضرورةً، وإن أمكن استيفاؤها فلا يخلو إمّا أن يكون في إقامة شيءٍ منها إسقاطٌ للبواقي فيقام ذلك وتسقط البواقي، وإن لَم يكن في إقامة شيءٍ منها إسقاطٌ للبواقي أقيم الكلّ جمعاً بين الحقّين أو الحقوق في الاستيفاء.

ولا يوالَى بين الحدود عند استيفاء أكثر من حدٍّ إذا لَم يكن فيها قتلٌ، يستوي في ذلك حقوق الله وحقوق الآدمي. وإن كان فيها قتلٌ فكذلك؛ لا يوالَى بينها إذا كان فيها حقٌّ لآدَميٍّ، خشية فوات الْمحلّ وهلاكه قبل استيفاء حقّه، وأمّا إن كانت حقوق الله فيوالَى بينها؛ لأنّ المقصود إتلاف المحل فاستُوفِيت الحقوق كلّها مُتواليَةً؛ لأنّه لا بدّ من

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٢١-٥٢٣، والمعونة ٣/١٣٩٨، و١٤٢٨-١٤٢٩، وعقد الجواهر ٣/١١٧١، و١١٧٥، والمهذّب ٣/٥٨٦، وروضة الطّالبين ١٠/١٦٣-١٦٧، والمقنع ٢٦/٢١١.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٣٣، وعقد الجواهر ٣/١١٧١، و١١٧٥، والقوانين الفقهية ص ٢٣٧، والمهذّب ٣/٥٨٦، وروضة الطّالبين ١٠/١٦٤-١٦٥، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١١-٢١٧.

فوات نفسه، فلا فائدة في التّأخير، ويضمن الحقوق المالية المترتّبة على جنايته مطلقاً[١].

صُوَرُ اجتماع حقوق الله تعالى وأقسامها[٢]:

القسم الأوّل: ما يتعارض وقته فيقدّم آكده، مثاله: تقديم الصّلاة في آخر وقتها على رواتبها، وكذلك المقضية إذا لم يَبْقَ من الوقت إلاّ ما يسع الحاضرة، فإن كان يسع المؤدَّاةَ والمقضية فالفائتة أولى بالتّقديم مراعاةً للتّرتيب.

القسم الثّاني:ما يتساوى فيه لعدم المرجِّح؛ كَمَن عليه فائتٌ من رمضانين؛ فإنّه يبدأ بأيّهما شاء، وكذلك الشّيخ الذي عليه فدية أيّام من رمضانين؛ فإنّه يبدأ بأيّهما شاء.

القسم الثّالث: ما تفاوتت، فيُقَدَّم الْمرجَّح؛ كالدّم الواجب في الإحرام، والزّكاة الواجبة، فإذا اجتمعا في شاة فالزّكاة أولَى، ومثله زكاة التّجارة والفطرة إذا اجتمعا في مالٍ يقصر عنهما، فالفطرة أولَى لتعلّقهما بالعين.

القسم الرّابع: ما اختلف فيه؛ كالعاري أَيصلِّي قائماً ويتمّ الرّكوع والسّجود مُحافَظَةً على الأركان؟ وبه قال المالكية والشّافعية، أم يصلِّي قاعداً مؤمياً مُحَافظَةً على ستر العورة، وبه قال الحنفية والحنابلة، أو يَتَخيَّر

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٣٢-٥٣٣، والمعونة ٣/١٣٩٨، و١٤٢٨-١٤٢٩، وعقد الجواهر ٣/١١٧٥، وروضة الطّالبين ١٠/١٦٣-١٦٧، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١١-٢١٨.

(٢) انظر: تهذيب الفروق ١/١٥٧، والمنثور ١/٣٠٠-٣٠٤، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١١، و٢١٧.

بينهما؟ والأصحّ الأوّل مُحَافَظَةً على الأركان[1].

صُوَرُ اجتماع حقوق الآدَمِيِّين وأقسامها[2]: حقوق الآدَمِيِّين إذا اجتمعت لا تخلو من:

القسم الأوّل: تارةً تتساوى؛ كالقسم والنّفقة بين الزّوجات، وتساوي أولياء النّكاح في درجةٍ، وتسوية الحُكّام بين الخصوم في المحاكمات، وتساوي الشّركاء في القسمة والإجبار عليها، والتّسوية بين السّابقين إلى مباحٍ.

القسم الثّاني: وتارةً يترجّح أحدهما على الآخر؛ كنفقة نفسه على نفقة زوجته وقريبه، وتقديم نفقة زوجته على نفقة قريبه.

صُوَرُ اجتماع حقوق الله تعالى وحقوق الآدَمِيِّين وأقسامها[3]:

القسم الأوّل: ما قُطِعَ فيه بتقديم حقّ الله -تعالى- على حقّ الآدَمِيِّ، مثاله: الصّلاة والزّكاة والصّوم والحجّ؛ فإنّها تُقَدَّمُ عند القدرة عليها على سائر أنواع التّرفّه والملاذ تحصيلاً لمصلحة العبد في الآخرة، وكذلك تحريم وطء المتحيّرة، وإيجاب الغسل لكلّ صلاةٍ.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢٦، والهداية ٤٤/١، والتّفريع ٢٤١/١-٢٤٢، والبيان والتّحصيل ٤٥٨/١، و٥١٩، وشرح القلشاني ص ٤٧٥، وروضة الطّالبين ١٢٢/١، والمنثور ٣٠٢/١، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٣٦/٣-٢٣٧، ومنتهى الإرادات ٤٦/١.

(٢) انظر: تهذيب الفروق ١٥٧/١، وقواعد الأحكام ١٧٢/١، والمنثور ٣٠٢/١-٣٠٤، وشرح منتهى الإرادات ١٧٨/٦.

(٣) انظر: تهذيب الفروق ١٥٧/١، والمنثور ٣٠٣/١-٣٠٤، والمقنع والشّرح الكبير ٢١٦/٢٦-٢١٧.

القسم الثّاني: ما قُطِعَ فيه بتقديم حقّ الآدمِيّ على حقّ الله تعالى، مثاله: جواز التّلفّظ بكلمة الكفر عند الإكراه، ولبس الحرير عند الحكّة، وتجويز التّيمّم بالخوف من المرض وغيره من الأعذار، وكذلك الأعذار المبيحة والمجوِّزة لترك الجمعة والجماعات والفطر في رمضان والحجّ والجهاد وغيرها، وإباحة المحظورات للضّرورة.

القسم الثّالث: ما فيه خلافٌ، مثاله: إذا مات وعليه زكاةٌ ودَينٌ آدَميٌّ، وضاقت التّركة عن وفاء الدّيون المرسلة؛ فأيّهما يُقدَّمُ؟ دين الله أم دين الآدَمِيّ، فالأصحّ أنّ الغرماء يَتحاصَّون في تركة الميّت على قدر ديوهم، كما يتحاصّون في مال المفلس حال الحياة[1].

أمّا اجتماع حدود الله -تعالى- مع حدود الآدَمِيِّين المحضتين فلا يخلو من ثلاثة أوجه[2]:

الأوّل: أن تَجتمع حدودٌ محضةٌ لله -تعالى-، وحدودٌ محضةٌ للآدَميّين ولا يكون فيها قَتْلٌ، فهذه تُستوفَى كلُّها على الصّحيح، كَمَن شَرب وقذف؛ فإنّه يُقامُ عليه حَدّان؛ لأنّهما حَقّان من جنسين، لا يفوت بهما المحلّ فلم يتداخلا؛ كحدّ الزّنا والشّرب.

الوجه الثّاني: أن تَجتمع حدودٌ محضةٌ لله -تعالى-، وحدودٌ محضةٌ للآدَميّين وفيها قتلٌ؛ فإنّ حدودَ الله تعالى تَدخل في القتل، سواءٌ كان مِن حدود الله تعالى المحضة؛ كالرّجم في الزّنى، والقتل في

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢٤٧، ورسالة القيرواني ص ٢٥٧، والقوانين الفقهية ص ٢٥٣، والمهذّب ٢/٦٥٢، والخلاصة في علم الفرائض ص ٣٤-٣٥.

(٢) انظر: المقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١٦-٢٢٠، ومنتهى الإرادات ٢/٢٨٥، وشرح منتهى الإرادات ٦/١٧٧.

المحاربة أو الرِّدّة، أم كان لِحَقّ آدَمِيٍّ؛ كالقصاص، وأمّا حقوق الآدَمِيّ فَتُستُوفَى جميعها.

الوجه الثّالث: أن تَجتمع حدودٌ محضةٌ لله -تعالى-، وحدودٌ محضةٌ للآدَميّين، ويَتّفق الحقّان في محملٍ واحدٍ؛ كالقتل والقطع قصاصاً وحدًّا، فأمّا القتل فإن كان فيه ما هو خالصٌ لِحقّ الله -تعالى-؛ كالرّجم في الزّنى، وما هو حقٌّ لآدَمِيٍّ؛ كالقصاص؛ قُدِّمَ القصاصُ؛ لتأكّد حقّ الآدَمِيّ.

وإن اجتمع القتلُ للقتل في المحاربة والقصاص، بُدِئ بأسبقهما؛ لأنّ القتل في المحاربة فيه حقٌّ لآدَمِيٍّ أيضاً؛ فقُدِّمَ أسبقهما، ووجب لولِيّ المقتول الآخر دِيَتُهُ في مال الجاني؛ لأنّ القتل مَتَى تعذّر استيفاؤه، صيْرَ إلى الدِّية.

أمّا القطع فإذا اجتمع وجوبه في يدٍ أو رِجْلٍ قصاصاً وحدًّا، قُدِّمَ القصاصُ على الحدّ المُتَمَحِّض حقّاً لله -تعالى- مطلقاً، أي: تقدّم سببه أو تأخّر، وإن عفا ولِيُّ الجناية استُوفِيَ الحدُّ.

من أدلّة القاعدة:

شأنُ هذه القاعدة شأنُ نظيراتها من القواعد التي بناها الفقهاء على استقراء فاحصٍ من النّصوص الشّرعية، مثل قولهم: الحكم يدور مع العلّة وجوداً وعدماً؛ فإنّ مستنده الاستقراء الحاصل بعد النّظر في النّصوص والأحكام، وكذا هذه القاعدة؛فيستدلّ لثبوتها وصحّتها وحجّيّتها باستقراء النّصوص الشّرعية، والأسباب الشّرعية، فالقاعدة تُعَدُّ حصيلةً لِهذا الاستقراء، واستنتاجاً لما يُسْقِطُ بَعْضُهَا بعضاً من الحقوق إذا اجتمعت وما لا يُسْقِطُ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

من تطبيقات القاعدة:

١-أنّ حقوق الله -تعالى- التّكليفية المحضة التي هي عبادات، وما جرى مجراها، لا يجري فيها التّداخل، ولا ينوب بعضها عن بعض، ولا يسقط بعضها لبعض؛ فلا تسقط صلاةٌ لصلاة، ولا هي لصوم وهكذا.

٢-أنّ حقوق الله تعالى الوضعية المحضة، وما يجري مجراها، يجري فيها التّداخل، وينوب بعضها عن بعض إذا اتّحد السّبب أو الجنس والجهة.

٣-وأمّا إن كان من جنسٍ واحد، ولكن مختلفةٌ أسبابُهَا؛ كالزّنى والشّرب والقذف؛ فإنّها لا تتداخل، ويستوفى جميعُها، إلاّ أن يكون أحدهما فرعاً للآخر فيتداخلان.

٤-وكذلك إذا كانت الحدودُ خالصةً لله من أجناس؛ كالجلد والقطع تُستَوفَى جميعاً ولم تَتَدَاخل، إلاّ أن يكون فيها قتلٌ؛ فإنّ ما دونه يدخل فيه إذا كانت جهَةُ استحقاقه واحدةً، وأمّا إن كان الغرض مُختلفاً فإنّ القتل لا يجزي منه؛ كحدّ القَذف يُجلَدُ القاذف، ثم يُقْتَلُ؛ لأنّ الغرض بالحدود دفع المعرة عن المقذوف، ولا يكون ذلك إلاّ بحَدّ قاذفه[(١)].

٥-أنّ حقوق الآدَميّ، لا يجري فيها التّداخل، ولا يقوم بعضها مقام بعضٍ[(٢)].

٦-أنّ الْمُحرِم إذا أتلف صيداً مَملوكاً؛ فإنّه يلزمه الجزاء والقيمة معاً، لأنّهما حَقّان مختلفا الجنس والسّبب والجهة، فلا يُسْقِطُ أحدهما الآخر[(٣)].

---

(١) انظر: المعونة ٣/١٣٩٨-١٣٩٩، والمنتقى ٩/٢١٠-٢١١، وعقد الجواهر ٣/١١٧١، و١١٧٥، والقوانين الفقهية ص ٢٣٧، والمهذّب ٣/٥٨٦، وروضة الطّالبين ١٠/١٦٣-١٦٧، والمقنع والشّرح الكبير ٢٦/٢١١-٢٢٠.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

(٣) انظر: المعونة ٣/١٤٢٩.

٧-بناءً على هذا، إذا قذف نفراً بكلمة واحدة، أو كلّ واحد بكلام على حدة فعليه لكلّ واحد حَدٌّ على حدةٍ؛ لأنّه حقٌّ آدَمِيٌّ تعـدّد بتعدّد أصحابه فلا يُسْقِطُ بَعْضُهُ بعضاً[(١)].

٨-العين المسروقة لا تخلو من أن تكون قائمةً أو فائتةً، فالقائمة يجب ردّها بلا خلاف، وأمّا الفائتة فعليه مع القطع القيمةُ كذلك على الصّحيح؛ لأنّ القطع والغُرم حقّان لمستحقّين مُختلفين، ومختلفي السّبب والجنس؛ إذ الغُرم والقطع لا يتنافيان لاختلاف سببهما؛ لأنّ السّبب الموجب للغُرم إتلاف المال، والموجب للقطع هو حقّ الله -تعالى- في هتك الْحرز، وإخراج المال منه، وإذا لَم يتنافيا جاز أن يجتمعا، ولا يُسقطُ أَحدُهما الآخر؛ كالدّية والكفّارة[(٢)].

٩-إذا وجب على إنسان حدّ السّرقة، فقتل السّارقُ رجلاً فوجب عليه القصاص؛ فإنّه يُقْطَع، ثم يُقتَلُ؛ لأنّهما حَقّان لمستَحقّين مُخْتَلفَين فوجب أن يُوَفّى كلّ واحدٍ منهما حَقّهُ؛ ولأنّ حَقّاً آدَمِيّاً لا يُسْقِطُ حَقّاً آدَمِيّاً مثله[(٣)].

---

(١) تقدّم بيان هذه المسألة عند الحديث عن الحُقُوق المُخْتَلَف فيها.

(٢) هذا مذهب الشّافعية والحنابلة والظّاهرية، وبعكسه قال الحنَفية: لا يجتمع القطع مع الغُرم، وفرّق المالكية في المشهور بين الموسر فعليه الغُرمُ، وبين المعسر فلا شيء عليه.
انظر: بدائع الصّنائع٦/٩-١٠، و١٨، و٣٦، والمعونة٣/١٤٢٨-١٤٢٩، والتّمهيد١٢/١٠٠-١٠١، والاستذكار ٦/٥٦٣، والمنتقى ٩/٢٣٤، وعقد الجواهر ٣/١١٥٨، والقوانين الفقهية ص ٢٣٦، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٦٥٣، ومختصر المزني ص ٣٥٣، والمهذّب ٣/٥٥٩، و٥٧٧، و٥٨٦، وروضة الطّالبين ١٠/١٢١، و١٤٩، و١٦٣-١٦٧، ومختصر الخرقي والمغني ١٢/٤٥٣-٤٥٥، وأحكام ابن العربي ٢/١١٣-١١٤، وتفسير القرطبي ٦/١٥٥، و١٥٧-١٥٨.

(٣) انظر: أحكام ابن العربي ٢/١٢٠، وتفسير القرطبي ٦/١٥٧، والمقنع والشّرح
=

١٠-إذا قذف إنساناً بالزّنى، وشرب الخمر، وزنَى من غير إحصان، وسرق، ثُم أُتي به الإمام أقيمت عليه جميع الحدود، ويبدأ بالأخفّ فالأخفّ؛ لأنّها حدودٌ وجبت عليه بأسباب مختلفة، فتتعدّد بتعدّد أسبابها؛ لأنّها ليس في إقامتها إتلافٌ للنّفس والمحلّ؛ فيقام عليه كلّ واحد منها بعد ما برأ من الأوّل[(١)].

١١-قد يُرَجَّحُ تقديم حقوق بعض العباد على بعضٍ في جلب المصالح ودرء المفاسد، من أمثلة ذلك: تقديم نفقة المرء وكسوته وسكناه على نفقة زوجته وأصوله وفصوله، وكسوقم وسكناهم، ومنها: تقديم نفقة زوجه وكسوتها وسكناها على نفقة أصوله وكسوقم وسكناهم، ومنها: تقديم ذوي الضّرورات على ذوي الحاجات فيما ينفق من الأموال العامّة، وكذلك التّقديم بالحاجة الماسّة على ما دونها من الحاجات[(٢)].

=

الكبير ٢٦/٢١١-٢١٣، والمراجع السّابقة.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٥٣٣، وبداية المجتهد ٤/٣٩١، والمهذّب ٣/٥٨٦، وروضة الطّالبين ١٠/١٦٤-١٦٥، والشّرح الكبير ٢٦/٢١٤-٢١٧، ومنتهى الإرادات ٢/٢٨٥.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ١/١٧٢.

المبحث التّاسع: القاعدة السّابعة والسّتون [٦٧]

[الفِسقُ مَتَى ارْتَفَعَ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ]

ذكر ابن رشد -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن مسائل باب القذف، مسألة قبول شهادة المحدود في القذف بعد توبته، مُرَجِّحاً بها القول بقبول شهادة التّائب؛ حيث قال: ((واتّفقوا على أنّه يَجب على القاذف مع الحدّ سقوط شهادته ما لَم يَتُبْ))[١].

واختلفوا إذا تاب، فقال مالكٌ: تَجوزُ شهادَتُهُ وبه قال الشّافعي[٢].

وقال أبو حنيفة: لا تَجوزُ شهادَتُهُ أبداً[٣].

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ١١٥/٥، ومختصر القدوري ص ٢٠٠، و٢١٩-٢٢٠، والمنتقى ١٧٤/٧، و٢٠٥/٩، وبداية المجتهد ٣٨٥/٤، وعقد الجواهر ١١٧١/٣، وإجماع ابن المنذر ص ٣٠، ف (٢٦٢)، و(٢٦٥)، و(٢٦٧)، والفروق ١٨١/٤، والذّخيرة ٢١٨/١٠، والمغني ١٨٨/١٤، والشّرح الكبير ٣٩٠/٢٩، ومراتب الإجماع ص ١٣٤-١٣٥، والمحلّى ١٤/١٢.

(٢) وبه قال الحنابلة، والظّاهرية، وجمهور فقهاء الأمصار، وهو الصّحيح.
انظر: المدوّنة ٢٣/٤، ورسالة القيرواني ص ٢٤٦، والاستذكار ١٠٨/٦-١١١-١١٣، والمنتقى ١٧٥/٧، والمقدّمات ٢٧١/٣، والذّخيرة ٢١٧/١٠، والقوانين الفقهية ص ٢٠٣، وتهذيب الفروق ١٠٩/٤-١١٠، والمهذّب ٦٨٤/٣، وتكملة المجموع ٢٠٩/٢٢، ومختصر الخرقي والمغني ١٨٨/١٤، والمحلّى ٤٧٢/٨، والفتح الباري ٣٠٢/٥، ومذكّرة أصول الفقه ص ١٥١.

(٣) لا تَجوز شهادة المحدود في القذف مطلقاً عند الحنفية وإن تاب، قال في مختصر القدوري ص ٢٠٠: ((وإذا حُدَّ المسلمُ في القذف سقطت شهادته وإن تاب، وإن حُدَّ الكافرُ في القذف ثم أسلم قُبلَت شهادته))، وفي موضعٍ آخر: ((ولا المحدود في القذف وإن تاب))، وذلك بناءً على أنّ الاستثناء راجعٌ إلى أقرب مذكورٍ في الآية، =

والسّبب في اختلافهم آلاستثناء يعود إلى الجملة المتقدّمة، أم يعود إلى أقرب مذكور، وذلك في قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ ﴾[1]؛ فَمَن قال: يعود إلى أقرب مذكورٍ قال: التّوبة ترفع الفسقَ، ولا تقبل شهادته.

ومَن رأَى أنّ الاستثناء يتناول الأمرين جميعاً؛ قال: التّوبةُ ترفع الفسقَ، وردَّ الشهادة، وكونُ ارتفاع الفسق مع رَدِّ الشّهادة أمرٌ غيرُ مناسب في الشّرع، أي: خارج عن الأصول؛ لأنّ **الفِسْقَ مَتَى ارْتَفَعَ قُبِلَت الشَّهادَةُ**»[2].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «الفاسق إذا تاب عن سائر أنواع الفسق

=

وهو وصفهم بالفسق، فيرتفع الفسق دون ردّ الشّهادة، وبه قال زفر وأبو يوسف والثّوري والحسن بن صالح، ورُوِيَ عن شريح القاضي، وسعيب بن المسيّب، وإبراهيم النّخعي وحمّاد بن أبي سليمان، وسعيد بن جبير.

وانظر: أحكام الجصاص٥/١١٨-١٢٥، وبدائع الصّنائع٥/٤٠٧، و٤٠٩، و٥٣٣، والهداية٢/١١٦، و٣/١٢٢، وأشباه ابن نجيم ص ٢٢٩، والاستذكار ٦/١١١-١١٣، والمغني ١٤/١٨٩.

(١) تمام الآيتين: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾، [سورة النّور، الآيتان: ٤-٥].

(٢) بداية المجتهد ٤/٣٩٢-٣٩٣.

تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ»[١].

وفيه أيضاً:«الأصل في هذا الفصل:أنّ مَن ارتكب جريمةً؛ فإن كانت من الكبائر سقطت عدالته إلاّ أن يتوبَ؛ فإن لَم تكن من الكبائر؛ فإن أَصَرَّ عليها واعتاد ذلك فكذلك؛ لأنّ الصّغيرة بالإصرار عليها تَصيرُ كبيرةً...، وإن لَم يُصِرَّ عليها لا تسقط عدالته إذا غلبت حَسناتُهُ سَيِّئَاته»[٢].

وفيه -أيضاً-: «وأمّا المحدود في الزّنى والسَّرِقَة والشّرب؛ فَتُقْبَلُ شهادَتُهُ بالإجماع إذا تاب؛ لأنّه صار عدلاً، والقياس أن تُقْبَل شهادته المحدود في القذف إذا تاب، لولا النّصّ الخاصّ بعدم القبول على التّأبيد»[٣].

ما جاء في الهداية: «ولا المحدود في القذف وإن تاب...، لأنّه من تمام الحدّ؛ لكونه مانعاً فيبقَى بعد التّوبة؛ كأصله، بخلاف المحدود في غير القذف؛ لأنّ الرَّدَّ للفسق وقد ارتفع بالتّوبة»[٤].

ما جاء في الموطّأ: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أنّ الذي يُجْلَدُ الْحَدَّ ثُمّ تاب وأصلح تَجوزُ شَهَادَتُهُ، وهو أحبّ ما سَمعتُ إلَيَّ في ذلك»[٥].

ما جاء في المعونة: «كلّ مَنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لفسقٍ، قُبِلَتْ عند زوال فسْقه»[٦].

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٤٠٤، و٥٣٣.
(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٤٠٥.
(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٤٠٩، و٥٣٣.
(٤) الهداية للمرغيناني ٣/١٢٢.
(٥) الموطّأ للإمام مالك ٢/٧٢١، وانظر: الاستذكار ٦/١٠٨، و١٠٩.
(٦) المعونة للقاضي عبد الوهّاب ٣/١٥٣٧.

ما جاء في الاستذكار: ((المحدود إذا تاب قُبِلَت شهادتُهُ في كلّ ما شهد به))[1].

ما جاء في المقدّمات: ((المعنَى الذي من أجله لَم تُقْبَل شهادته -القاذف- هو التّفسيق؛ فإذا ارتفع التّفسيق وجب قبول الشّهادة))[2].

ما جاء في روضة الطّالبين: ((مَنْ لا تُقْبَلُ شَهادَتُهُ لِمعصيةٍ تُقبَلُ إذا تاب، وظهر إعراضه عمّا كان عليه))[3].

ما جاء في المختصر: ((إذا تاب القاذفُ قُبِلَت شَهَادَتُهُ))[4].

ما جاء في المقنع: ((فصلٌ: ومَتَى زالت الموانعُ...، وتاب الفاسقُ؛ قُبِلَت شهادتهم))[5]، قال في الشّرح الكبير: ((لأنّ المقتضى لقبول الشّهادة موجودٌ، وإنّما رُدَّت لوجود المانع؛ فإذا زال المانع عمل المقتضي عمله، كما لو لم يوجد المانع))[6].

شرح مفردات القاعدة:

الفسق: لغةً خلاف العدل والمروءة، وأصله: خروج الشّيء عن الشّيء على وجه الفساد، والخروج عن الاستقامة، والجور، من قولهم: فسق الرُّطَبُ، إذا خرج عن قِشْرِهِ، وهو أعمّ من الكفر، ويقال:

---

(١) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ١٠٩/٦.

(٢) المقدّمات لابن رشد الجدّ ٢٧١/٣.

(٣) روضة الطّالبين للنّووي ٢٤٥/١١، وانظر: فتح الباري ١١١/١٢.

(٤) مختصر الخرقي ١٨٨/١٤، وانظر: المغني ١٩٢/١٤.

(٥) المقنع لموفّق الدّين ابن قدامة المقدسي ٣٨٣/٢٩، والمحلّى ٤٧٢/٨.

(٦) الشّرح الكبير لشمس الدّين ابن قدامة المقدسي ٣٨٣/٢٩.

فلانٌ خرج عن حَجر الشّرع، وبه سُمِّي العاصي فاسقاً(١).

وفي اصطلاح الفقهاء: الفسْقُ هو: الإفحاش في الخروج عن طاعة الله- تعالى-، وطاعة رسوله ﷺ، بارتكاب كبيرةٍ من الكبائر، أو إصرار على صغيرة من الصّغائر، أو مداومةٍ على مُمَارسة الأخلاق الرّذيلة اختياراً، أو مُمَارسة الْحِرَف الدَّنِّيَّة اختياراً، غير متأوِّل(٢).

الشَّهَادَة، لغة: إخْبَارٌ عَمّا شُوهِدَ مشاهدةً وعياناً، وهي مأخوذة إمّا من:

- شَهِدَ شَهَادَةً ومُشَاهَدَةً، من المشاهدة بمعنًى: المعاينة.
- أو من شَهِدَ شُهُوداً، من الْحُضور مع الْمُشَاهَدَة، إمّا بالبصر.
- وإمّا من شَهِدَ شَهَادَةً، جارٍ مجرى العلم، وبلفظه تُقَامُ الشّهادة، ويقالُ: أَشْهَدُ بكذا، ولا يُرْضَى من الشّاهد أن يقول: أعلم، بل يُحتاج أن يقول: أشهد.
- أو جارٍ مجرى القَسَمِ؛ فيقول: أَشْهَدُ بالله أنّ زيداً مُنْطلِقٌ؛ فيكون قسماً(٣).

---

(١) انظر: مختار الصّحاح ص ٥٠٣، والمصباح المنير ص ١٨٠، وانظر: تفسير القرطبي ٤٥٦/١، و٤٠٤/٢، والمفردات ص ٣٨٢، وطلبة الطّلبة ص ١٧، وأسرار البلاغة ص ٤٧٣، والنّهاية ٤٤٦/٣، وشرح مسلم ٢٤١/٢، وفتح الباري ١٣٨/١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٠٧.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٢٠، وبدائع الصّنائع ٤٠٢/٥-٤٠٧، والمدوّنة ١٩/٤، وطلبة الطّلبة ص ١٨، إحكام الفصول ٣٨١/١، و٣٨٣، والفروق ٦٥/٤، ف (٢٢٩)، والمنتقى ١٥٢/٧، وحاشية الدّسوقي ٣٣٠/٤، والمهذّب ٦٨٤/٣، و٦٨٥، وروضة الطّالبين ٢٣٠/١١، و٢٣٣، والمغني ١٥٠/١٤-١٥٤، والمقنع ٣٤٨/٢٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣١٥.

(٣) انظر: المفردات ص٢٧١، وطلبة الطّلبة ص١٦٨، و٢٧٠، و٢٧٥، وأسرار البلاغة ص٣٤١، والنّهاية٥١٤/٢، ومختار الصّحاح ص٣٤٩، والمصباح المنير ص١٢٤.

والشّهادة في اصطلاح الفقهاء هي: إِخْبَارٌ صَادِقٌ في مَجلِسِ القضاء، بِحَقٍّ للغير على آخر غير الْمُخْبِرِ(١).

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة سهلة التّركيب، واضحة المعنَى ومفهومة المراد.

وهذه القاعدة من القواعد الشّرعية المهمّة؛ لتعلّقها بباب عظيمٍ من أبواب الفقه وأحكام الشّريعة، وهو باب القضاء والشّهادة.

ومن المعلوم أنّ الشّريعة الإسلامية كفيلةٌ بِحفظ حقوق كلّ آدَمِيّ بينه وبين خالقه، وبينه وبين نظيره الآدَمِيّ، ومن طرق هذه الكفالة؛ القضاء، وله شأنٌ عظيمٌ؛ إذ إنّ القضاء الشّرعِي أصل المحاسن ومجمعها، ومشعب المكارم ومنشؤها؛ لأنّ المراد منه نيابة الله تعالى، ونيابة رسوله ﷺ؛ فإنّ القضاء بالحقّ من أقوى الفرائض بعد الإيمان، وهو أشرف العبادات؛ إذ المقصود منه إظهار العدل، ورفع الظّلم من الظّالم، وإيصال الحقّ إلى المستحقّ، والأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر.

والقاضي يحتاج إلى خصالٍ حميدةٍ حتّى يصلح بها للقضاء، وإذا قُلِّدَ الفاسقُ القضاءَ ابتداءً يصحّ مع عدم وجود غيره، ارتكاباً لأخفّ الضّررين، وإن وُجِدَ عُدلٌ فلا يصير قاضياً؛ لأنّ الفاسق لا يُؤْتَمَنُ في أمر الدِّين لقلّة مبالاته فيه، إلاّ في حالة عموم البلوى؛ بحيث لا يوجدُ غيره؛ فيُوَلَّى الأمثلُ فالأمثلُ،ولو كان القاضي عَدْلاً ففسق يَنْعَزِلُ

---

(١) انظر: طلبة الطّلبة ص ٢٧٥، والتّعريفات ص ١٢٩، وأنيس الفقهاء ص ٨٧، والشّرح الكبير مع الدّسوقي ٤/١٦٤-١٦٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٣٧، وطرائق الحكم ص ٣٣-٤١.

بالفسق،أي:يُعْزَلُ بسببه[1].

ومن المعلوم أنّ القاضي يَحتاج أوّلاً في قضائه إلى وسائل الإثبات وطرق الحكم التي يعتمد عليها بعد الله -سبحانه وتعالى- في قضائه، ويعول عليها في تنفيذ الأحكام، ومن هذه الطّرق والوسائل: شهادة الشّهود عند إنكار الخصم، وقد عَدَّهَا بعض أهل العلم أقواها؛ للإجماع على أنّها تدخل في جميع الحقوق المالية وغيرها، وفي الحدود والقصاص والفروج[2].

فالقضاء وطرقه ووسائله التي منها الشّهادة حَظِيَتْ بعناية كبيرةٍ في الشّريعة الإسلامية، والشّهادةُ مشروعةٌ ولَم يخالف في ذلك أحدٌ من المسلمين، ولها أركانٌ هي: شاهدٌ، ومشهودٌ به، وهو الحقّ المقضَى به، ومشهود له، وهو الْمُدَّعِي، ومشهودٌ عليه، وهو الْمُدَّعَى عليه، ومشهودٌ عنده، وهو الحاكم، ومشهودٌ فيه، وهو مجلس القضاء[3].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٧/٥، والهداية ١١٦/٣، و١٢٢، والاستذكار ١٠٧/٦، والذّخيرة ١٥٢/١٠، وتهذيب الفروق ٦٨/٤، و١١٣، والمهذّب ٦٨٤/٣، و٦٩٣، وروضة الطّالبين ١٦٧/١١، والمغني ١٤٨/١٤، والإنصاف ٣٤٠/٢٩، والمحلّى ٤٧٢/٨، وطلبة الطّلبة ص ٢٦٩، وأنيس الفقهاء ص ٨٣، و٨٤، و٨٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٩٨/٥، و٤٠٢-٤٠٩، والهداية ١١٦/٣، وأنيس الفقهاء ص ٨٧، و٨٨، والاستذكار ١٠٥/٦-١٠٧، وروضة الطّالبين ٢٢٢/١١، وطرائق الحكم ص ١١، و٣٣.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، وبدائع الصّنائع ٤٢١/٥، والهداية ١٦٦/٣، و١٢٢، وأنيس الفقهاء ص ٨٧، والاستذكار ١٠٥/٦-١١٣، والمنتقى ١٣٩/٧، والذّخيرة ١٥٢/١٠، وتهذيب الفروق ١١٣/٤، والمهذّب ٦٨٤/٣-٦٨٥، و٣٩٣، وروضة الطّالبين ٢٢٢/١١، والمغني ١٢٣/١٤، وطرائق الحكم ص ٤٢-٤٣.

والشّهادة كالقضاء في الشّرع شأنها عظيمٌ، وأمرها جليلٌ، ومبْنَاها على الصّدق، وفيها إرجاع الحقوق الذّاهبة[١]، ويكفيها شرفاً أنّ الله خفـض الفاسق عن قبول شهادته، ورفع العدل بقبولها؛ فقال -تعالى- ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ﴾[٢]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٖ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[٣]، وبيّن أنّ العدل هو الشّاهد المرضيّ بقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[٤].

وقد جاءت في الشّرع مُقيَّدَةً بقيود منها[٥]:

- أن يكون الشّاهدُ صادقاً عدلاً غير مُتَّهَمٍ بفسقٍ، ولا مَحدودٍ بفاحشةٍ أو قذفٍ.
- أن يكونَ أداؤها بِلفظِ الشّهادة، فلو قال: فيما أعلم، أو أتَيَقَّنُ لا اعتبار لها.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٠٢، و٤٠٧، والهداية ٣/١١٦، و١١٨، و١٢٢، وأنيس الفقهاء ص ٨٨، والاستذكار ٦/١٠٧، والمهذّب ٣/٦٨٤-٦٨٥، وروضة الطّالبين ١١/٢٢٢، و٢٣٠، والمغني ١٤/١٢٣، والمحلّى ٨/٤٧٢.

(٢) سورة الحجرات، الآية: ٦.

(٣) سورة الطّلاق، من الآية: ٢.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٥) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، وطلبة الطّلبة ص ٢٦٩، و٢٧٥، وبدائع الصّنائع ٥/٣٩٩، والهداية ٣/١١٦، و١١٨، والشّرح الكبير مع الدّسوقي ٤/١٦٥، وأنيس الفقهاء ص ٨٤، و٨٧، و٨٨، وإحكام الفصول ١/٣٧٥-٣٧٦، والمهذّب ٣/٦٨١، وروضة الطّالبين ١١/٢٢٢، وطرائق الحكم ص ٤٨-٥٠.

- أن يكون أداؤها عند القاضي وفي مجلس القضاء، فإن أخبر في غيره فليست بشهادةٍ شرعاً.
- أن تكون الشّهادة بِحَقِّ الغير، لا بِحَقِّ نفسه؛ فإنّها تكون دعوى إخبارٍ بِحَقِّ نفسه، وليست بشهادةٍ.
- أن يكون معه آخر يشهد بمثل ما يشهد هو به.

كما أنّ الشّهادة لها شروطٌ كثيرةٌ[1]، منها عامّةٌ، ومنها ما يخصّ كلَّ ركنٍ من أركانها، وبما أنّ القاعدة تَتَعَلَّقُ تَعَلُّقاً مُبَاشِراً بشرطٍ واحدٍ من شروط الرّكن الأوّل الذي هو الشّاهد من حيث العدالة والفسق، فسأقتصر على الحديث عنهما.

فالعدل والعدالة في الأصل لفظٌ يقتضي معنَى المساواة، ويُستَعْمَلُ بمعنَى المضايفة، -والعدل أيضاً- المساواة في المكافأة إن خيراً فخيراً، وإن شَرّاً فشَرّاً، ورَجَلٌ عَدْلٌ، وعَادِلٌ، ورِجَالٌ عَدْلٌ، يقال في الواحد والجمع[2].

والعدالة في عرف الفقهاء: صفةٌ في الإنسان تَحمله على اجتنابِ الكبائر، وعدمِ الإصرار على الصّغائر، وتَجنُّبِ ما فيه خِسَّةٌ من

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، وبدائع الصّنائع ٣٩٨/٥-٤٠٢-٤٢٥، والهداية ١٢٠/٣، والمنتقى ١٤٣/٧-١٥٠، وعقد الجواهر ١٠٣٠/٣-١٠٣٣، والذّخيرة ٢٠١/١٠، والقوانين ص ٢٠٢، ومختصر المزني ص ٤١٦، والمهذّب ٦٨٥/٣، وروضة الطّالبين ٢٢٢/١١، والمغني ١٤/١٤-١٥٠٥، والمقنع والشّرح الكبير ٣٣٦/٢٩، وطرائق الحكم ص ٤٨.

(٢) انظر: المفردات ص ٣٢٩، وطلبة الطّلبة ص ١١٧، و١٩٨، والمصباح المنير ص ١٥٠، وفتح الباري ٢٩٨/٥.

التّصرّفات؛ فإن أتى شيئاً من ذلك فليس بعَدل، ولا يشترط في العَدْل أن يَتَمَحَّض الطّاعة حتّى لا تشوبها معصيةٌ لتعذّره[١].

قال في بدائع الصّنائع: «ماهية العدالة المتعارفة: مَن لَم يُطْعَنْ عليه في بطن، ولا فرجٍ فهو عَدْلٌ؛ لأنّ أكثر أنواع الفساد والشّرّ يرجع إلى هذين العضوين»[٢].

وعُبِّرَ عنها -أيضاً- بأنّها: الاعتدال في الأقوال والأفعال، والاستواء في الدِّين[٣].

وتُشتَرَطُ في العدل المروءةُ، بأن يكون مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه، وليس المراد منها نظافة الثّوب، وفراعة الرّكوب، وجودة الآلة وحسن الشّارة، ولكن التّصوّن والسّمت الحسن وحفظ اللّسان، وتَجنّب السّخف والمجون، والارتفاع عن كلّ خلق رديء، يرى أنّ مَن تَخلّق به لا يُحافظ معه على دينه، وإن لم يكن في نفسه جُرْحَةً، ولا تُردّ شهادة أرباب الحِرَف الدَّنيّة؛ كالكنّاس والدّبّاغ والحجّام والحائك، إلاّ أن يكون يفعل ذلك اختياراً مِمَّن لا يليق به؛فإنّه يدلّ على خَبلٍ في العقل،وقلّة المروءة[٤].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢٢٠، وبدائع الصّنائع ٤٠٢/٥، والمعونة ١٥١٨/٣، والاستذكار ١٠٥/٦، و١٠٧، والتّعريفات ص ١٤٧، وإحكام الفصول ٣٨١/١، والمنتقى ١٤٦/٧، وعقد الجواهر ١٠٣١/٣-١٠٣٢، والذّخيرة ٢٠١/١٠، والقوانين الفقهية ص ٢٠٣، والمهذّب ٦٨٤/٣، و٦٨٥، وروضة الطّالبين ٢٢٥/١١، و٢٣٠، وتكملة المجموع ٢٠/٢٣، والمغني ١٥٠/١٤، والمقنع ٣٣٦/٢٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٧٦.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٤٠٢/٥.

(٣) انظر: عقد الجواهر ١٠٣١/٣-١٠٣٢، والقوانين الفقهية ص ٢٠٣، والمغني ١٥٠/١٤، والمقنع ٣٣٦/٢٩.

(٤) انظر: المعونة ١٥١٩/٣، و١٥٢٨، والمنتقى ١٥٢/٧، وعقد الجواهر ١٠٣٢/٣، =

والعدلُ في عرف الفقهاء هو: مَن اجْتَنَبَ الكبائرَ، وتَرَكَ الإِصْرَارِ على الصّغائر، وتَحَاشَى من التّصرّفات ما فيه خِسَّةٌ اختياراً، وجمعه: عدولٌ، ويُعْتَبَرُ العدلُ في كلّ زمنٍ بِحسبه؛ لئلاّ تضيع الحقوق[1].

فالشّهود هم أمناء الله ورسوله والأمّة؛ فينبغي لِمَن مَيَّزه الله على خلقه بقبول قوله على غيره، ونفوذ شهادته عليه، أن يعرف الله -تعالى-، وما شَرَّفَه ومَيَّزَه به، ورفع به قدره وعَظَّمَه، فيسوي بين ظاهره وباطنه، وسرّه وعلانيته، ومن هنا أجمع فقهاء الأمصار على تحريم شهادة الزّور، وعلى أنّها كبيرةٌ من كبائر الذّنوب[2].

فإذا توفّر في الشّاهد شرطُ عدالةٍ، وعُلِمَ أنّه عَدْلٌ وَرِعٌ صحّت شهادتُهُ، إذا استجمع بقيّة الشّروط وانتفت الموانع، ومَتَى اختَلّ شرط العدالة سقطت

=

والفروق ٦٥/٤، ف (٢٢٩)، والذّخيرة ٢٠١/١٠-٢٠٢، والقوانين الفقهية ص ٢٠٣، وشرحي ابن ناجي وزورق ٢٨٣/٢، والمهذّب ٦٨٥/٣، و٦٩٣، وروضة الطّالبين ٢٢٥/١١، و٢٣٢-٢٣٣، وتكملة المجموع ٢٤/٢٣، والمغني ١٥٠/١٤-١٥٤، والمقنع والشّرح الكبير ٣٣٦/٢٩-٣٤٠، و٣٥٠-٣٥١.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، و٢٢٠، وبدائع الصّنائع ٤٠٢/٥-٤٠٧، والمدوّنة ١٩/٤، والاستذكار ١٠٥/٦، و١٠٧، والتّعريفات ص ١٤٧، وإحكام الفصول ٣٦٨/١، ف (٣٣٢)، والمهذّب ٦٨٤/٣، و٦٨٥، وروضة الطّالبين ٢٢٥/١١، و٢٣٠، والمغني ١٥٠/١٤-١٥٤، والمقنع ٣٣٦/٢٩، وشرح منتهى الإرادات ٦٦١/٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٧٦.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٢٠، وبدائع الصّنائع ٤٠٢/٥-٤٠٧، والهداية ١٢٢/٣، والمعونة ١٥١٧/٣، و١٥٣٧، والاستذكار ١٠٥/٦، و١٠٧، والمنتقى ١٤١/٧،و١٤٦، والمهذّب٦٨٤/٣، و٦٨٥، و٦٩٣، وروضة الطّالبين ١٦٧/١١، و٢٢٥، والمقنع والشّرح الكبير ٣٣٦/٢٩، و٣٣٧، وفتح الباري ٣١٠/٥.

شهادته ورُدَّت، والمؤثِّر في ذلك وقت الأداء لا وقت التّحمل(١).

وبما تقدّم أنّ معنَى العدالة هو: اعتدالُ قَولِهِ وفِعْلِهِ، واستواؤه في دِينِه؛ فإنّ اختلاله يكون بضدّه، وضدّها الفسْقُ.

والفسق تقدّم تعريفه، وبناءً عليه؛

فالفاسق هو: كلّ مَن ارْتَكَبَ كبيرةً، أو أَصَرَّ على صغيرةٍ، أو دَاوَمَ على مُمَارسة الأخلاق الرّذيلة اختياراً، أو مُمَارسة الْحِرَف الدَنِّيَّة اختياراً، غير متأوِّل(٢).

والفسق نوعان: فِسْقٌ من جهة اعتقاد، وفِسقٌ من جهة أقوال وأفعال، وأمّا الفِسقُ من جهة الأقوال والأفعال فهو أيضاً نوعان: فعْلٌ؛ كفعلٍ الْمُحرَّمات، وتَرْكٌ؛ كترك الفرائض، وهذا النّوع من الفسق لا خلاف بين أهل العلم في ردّ الشّهادة به(٣)، وفي الحديث: «سِبابُ المسلم

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، و٢٢٠، وبدائع الصّنائع ٣٩٨/٥، و٤٠٧، والاستذكار ١٠٧/٦، وإحكام الفصول ٣٧١/١، والمنتقى ١٤٦/٧، و١٥٦، والذّخيرة ١٥٣/١٠، والمغني ١٩٧/١٤.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، و٢٢٠، وبدائع الصّنائع ٤٠٢/٥-٤٠٧، والمدوّنة ١٩/٤، وطلبة الطّلبة ص ١٨، والتّعريفات ص ١٦٤، والفروق ٦٥/٤، ف (٢٢٩)، وإحكام الفصول ٣٨١/١، و٣٨٣، والمنتقى ١٥٢/٧، والمهذّب ٦٨٤/٣، وروضة الطّالبين ١٦٧/١١، و٢٢٥، و٢٣٠، و٢٣٣، والمغني ١٥٠/١٤-١٥٤، والشّرح الكبير والإنصاف ٣٣٦/٢٩، و٣٤٠، و٣٤٨، والمحلّى ٤٧٢/٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٠٧.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٤٠٤/٢، وإحكام الفصول ٣٨١/١، و٣٨٣، وروضة الطّالبين ٢٢٥/١١، والمغني ١٤٨/١٤، و١٥٠-١٥٤، والمقنع ٣٤٣/٢٩، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٦٣٧/٧.

فِسْقٌ، وقتالُهُ كُفرٌ»[1].

والفسق من جهة الاعتقاد؛ كالفسق الْمِلِّيّ، وهو فسق أهل البدع والأهواء من أهل المِلّة الذين لهم حسناتٌ ولهم سَيِّئاتٌ، فيوجب ردّ الشّهادة على الصّحيح؛ لأنّه أحدُ نوعي الفسق فَتُردُّ به الشّهادة؛ كالنّوع الأوّل، ولأنّ المبتدع فاسقٌ فتردّ شهادته[2].

الفسق يقع بالقليل من الذّنوب وبالكثير، لكن تُعُورِفَ فيما كان كثيراً، وقد يكون الفِسْقُ شركاً، وقد يكون إِثْماً، وأكثر ما يقال الفاسِقُ لِمَن التزم حُكمَ الشّرع وأقرّ به ثم أخلّ بِجميع أحكامه أو بعضه، وإذا قِيل للكافر الأصليّ فاسقٌ؛ فلأنّه أخلّ بِحكم ما ألزمه العقلُ واقتضته الفطرة السّليمة؛ فالفاسق أعمّ من الكافر، والظّالِمُ أعمّ من الفاسق[3].

والفِسْقُ حرامٌ؛ ومَنهِيٌّ عنه بإجماع المسلمين؛ لأنّه خروجٌ عن أحكام الله، ومُخَالَفَةٌ لأوامره، ونواهيه، ويُعَاقَبُ صاحبه بالحدّ أو التّعزير،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١/١٣٥، كتاب الإيمان، باب خوف المؤمن من أن يحبط عمله وهو لا يشعر، برقم: (٤٨) ومسلم في صحيحه ١/٨١، كتاب الإيمان، باب قول النّبيّ ﷺ: «سباب المسلم فسوقٌ، وقتاله كفرٌ»، برقم: (٦٤).

(٢) وهو مذهب المالكية والحنابلة، خلافاً للحنفية والشّافعية.
انظر: مختصر القدوري ص ٢٢٠، وبدائع الصّنائع ٥/٤٠٤، والمعونة ٣/١٥٣٧، وإحكام الفصول ١/٣٧١، والذّخيرة ١٠/٢١٥-٢١٦، والشّرح الكبير مع الدّسوقي ٤/١٦٥، وروضة الطّالبين ١١/٢٣٩-٢٤١، وتكملة المجموع ٢٣/٢١، والمغني ١٤/١٤٨-١٤٩، والشّرح الكبير ٢٩/٣٤٣، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٧/٦٧٠، و٦٧٩، وفتح الباري ١٠/٤٨١، والطّرق الحكمية ص ١٨١.

(٣) انظر: الذّخيرة ١٠/٢٠١، وروضة الطّالبين ١١/٢٢٥، و٢٣٠، والإنصاف ٢٩/٣٤٠، والمحلّى ٨/٤٧٢، والمفردات ص ٣٨٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٠٧.

وهو مُؤَثِّرٌ في الأحكام الشّرعية؛ حيث ترتّب عليه أحكامٌ كثيرةٌ في الشّريعة في جميع أبواب الفقه، ولخطورته اعتنَى به أهل العلم قديماً وحديثاً عناية كبيرةً، وأفردوه بتأليفات[(١)].

والفِسْقُ مُصطَلَحٌ شرعِيٌّ كالكفرِ والقذف، لا يجوز إطلاقه على أحد إلاّ بدليلٍ لا مدفع فيه، وبعد توفّر الشّروط وانتفاء الموانع[(٢)]، قال النّبيّ ﷺ: «لا يَرْمِي رَجَلٌ رَجُلاً بالفُسُوقِ، ولا يَرْمِيهِ بالكفر، إلاّ ارْتَدَّت عليه إنْ لَمْ يَكُن صاحبه كذلك»[(٣)].

والذّنوب والمعاصي نوعان: كبيرةٌ وصغيرةٌ[(٤)]، والموجبة لتفسيق

(١) ومن ذلك رسالة الأخ الزّميل آدم فوفا، قدّمها لنيل درجة العالمية (ماجستير) وقد طُبِعت.

(٢) انظر: الاستذكار ١١٣/٦، وفتح الباري ٤٨٠/١٠-٤٨١.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٧٩/١٠، كتاب الأدب، باب ما يُنْهَى من السِّباب واللَّعْن، برقم: (٥٨٣٠).

(٤) تقسيم الذّنوب والمعاصي إلى كبيرة وصغيرة هو الصّحيح عند جمهور أهل العلم؛ لأنّ المعتبر ليس جهة مَنْ عُصِيَ، بل جهة المفسدة الكائنة في ذلك الفعل، ومَنَعَهُ بعضهم نظراً إلى عظمة الله الخالق، والصّحيح تقسيمها، بدليل قوله تعالى: ﴿وَكَرَّهَ إِلَيْكُمُ ٱلْكُفْرَ وَٱلْفُسُوقَ وَٱلْعِصْيَانَ﴾، [سورة الحجرات، الآية: ٧]، قال القرافي في الفروق ٦٦/٤، بعد إيراد الآية الكريمة: «فجعل للمعصية رُتَباً ثلاثاً: كفراً، وفسوقاً وهو الكبيرة، وعصياناً، وهي الصغيرة، ولو كان المعنَى واحداً؛ لَكان اللّفظ في الآية مُتكرِّراً لا بمعنًى مستأنف، وهو خلاف الأصل»، وانظر: الفروق ١١٤/٤، ف (٢٤١)، وتَهذيب الفروق ١١٠/٤.

واختلف القائلون بتقسيمها في تَمييز الكبيرة من الصّغيرة، ولعلّ من أحسن ما قيل في ذلك؛ أنّ الكبيرة هي: كلّ ذنبٍ ختمه الشّارع بنارٍ أو غضبٍ أو لعنةٍ أو عذاب، والصّغيرة بخلافه.

انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٥/٥،و٤٠٩،والفروق ٦٥/٤-٧٠، ف (٢٢٩)، والذّخيرة ٢٢٢/١٠، وشرح ابن ناجي ٤٦/١.

صاحبها بتعاطيها منهما هي الكبيرة، أمّا الصّغيرة فلا؛ إلاّ إذا أَصَرَّ عليها، والكبيرة -أيضاً- نوعان، منها ما فيها حدٌّ؛ كالقذف والسَّرِقَة؛ لأنّ كلّ ما يوجب الجلدَ حَدّاً يوجب التّفسيق، ويترتّب عليه ردّ الشّهادة، ومنها ما ليس فيها حَدٌّ وإنّما يوجب مأثَماً؛ كالغيبة وأكل الرّبا، وكلا النّوعين يُؤَثِّرُ في تفسيق مرتكبها، وإذا ثبت الفسق ترتّب عليه أحكامٌ شرعيةٌ[١].

ومن تأثيرات الفسق في الشّريعة أنّه مُوجبٌ لردّ الشّهادة؛ فإنّ الشّهادة شقيقة القضاء، وشأنها شأنه، فكما أنّ القاضي يحتاج إلى خصالٍ حميدةٍ حتّى يصلح للقضاء، فكذلك الشّاهد سواء؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما تنفيذُ القول على الغير، ينتفع به أحدُ الخصمين، ويتضرّر به الآخر، إلاّ أنّ الشّهادة لا تكون ملزمةً بدون القضاء، كما أنّ القضاء متوقِّفٌ على الشّهادة؛ فهما متلازمان صحّةً وفساداً[٢].

وقد أجمع فقهاء الأمصار على اشتراط العدالة في قبول شهادة

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، و٢٢٠، وبدائع الصّنائع ٤٠٢/٥، و٤٠٥، و٤٠٩، والمنتقى ١٧٤/٧، وبداية المجتهد ٣٩٤/٤، والفروق ٦٥/٤-٦٦، والذّخيرة ٢١٥/١٠، وحاشية الدّسوقي ١٦٦/٦، و٣٥٤، وتهذيب الفروق ١١٠/٤-١١١، والمهذّب ٦٨٤/٣، و٦٩٣، وروضة الطّالبين ٢٢٢/١١، و٢٢٣، و٢٣٠، وتكملة المجموع ٢٠/٢٣، والمغني ١٤٨/١٤-١٥٤، والشّرح الكبير ٣٣٦/٢٩-٣٤٤، ومنتهى الإرادات ٤٠٣/٢، والمحلّى ٤٧٢/٨، ومقالات الإسلاميّين ١٣١/١، وفتح الباري ٣١٢/٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، و٢٢٠، وبدائع الصّنائع ٤٠٢/٥-٤٠٧، والهداية ١٢٢/٣، والمعونة ١٥١٧/٣، والذّخيرة ١٥٢/١٠، و٢١٥، والمهذّب ٥٩٣/٣، و٦٨٤، وروضة الطّالبين ١٣١/١١، و١٦٧، و٢٢٢، و٢٢٥، وطلبة الطّلبة ص ٢٧٥، وأنيس الفقهاء ٨٣، و٨٤، و٨٧.

شاهد، كما أجمعوا على أنّ الفسْقَ مؤثّرٌ في ردّ الشّهادة، وأنّ شهادةَ الفاسِق مردودةٌ في الجملة؛ لأنّ الفسق ينافي قبول الشّهادة[1].

فلا تصحّ شهادة فاسقٍ، ولا تقبل إذا تبيّن أنّ فسْقَهُ أثّرَ في شهادته؛ لأنّ الفاسق لا يُؤْتَمَنُ في أمر الدِّين لقلّة مبالاته فيه[2]. وذلك لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوۡمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصۡبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلۡتُمۡ نَٰدِمِينَ﴾[3]، والنّبأ: الشّهادة[4]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[5]، فنصّت الآية على ضرورة كون الشّاهد عَدْلاً، وأنّه من تمام إقامة الشّهادة لله المأمور بها[6].

ودلّت الآيتان الكريمتان على عدم قبول شهادة الفاسق؛ لأنّه ليس بعَدل، ولا يجوز الحكم بها؛ لأنّ في الحكم بها تعديلاً له، واعتبار العدالة في الشّاهد حقٌّ لله -تعالى-.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢١٩، وبدائع الصّنائع ٤٠٢/٥، و٤٠٦، والهداية ١١٨/٣، والمعونة ١٥١٧/٣، و١٥٣٥، والاستذكار ١٠٧/٦، والمنتقى ١٤٦/٧-١٤٨، و١٧٤، والفروق ٧١/٤، والذّخيرة ٢١٥/١٠، وتهذيب الفروق ٦٧/٤-٦٨، ف (٢٢٠)، و١٠٩، ف (٢٢٩)، و١١٣، ف (٢٣١)، والمهذّب ٦٨٤/٣، وروضة الطّالبين ١٦٧/١١، و٢٢٢، و٢٢٥، والمحلّى ٤٧٢/٨.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٧/٥، والمهذّب ٦٨٤/٣، وروضة الطّالبين ٢٣٠/١١، والمقنع والشّرح الكبير ٣٣٦/٢٩، و٣٤٢-٣٤٣، و٣٩٠، والمحلّى ٤٧٢/٨، وأنيس الفقهاء ص ٨٤.

(٣) سورة الحجرات، الآية: ٦.

(٤) انظر: المفردات ص ٤٨٢، وتفسير السّعدي ص ٨٠٠.

(٥) سورة الطّلاق، الآية: ٢.

(٦) انظر: تفسير السّعدي ص ٨٧٠.

ومن مرونة الشّريعة الإسلامية، وصلاحيتها لكلّ زمان ومكان؛ أن جَعَلَت الأحكامَ منوطةً بالأوصاف والأفعال لا بالأعيان[1]، ولأجل ما تقرّر عند أهل العلم أنّ:الحكم يدور مع العلّة وجوداً وعدماً، وما تقرّر عند فقهاء الأمصار من سلف أهل السّنة والجماعة وخَلَفها أنّ الإيمان يزيد وينقص؛ يزيد بالطّاعات، وينقص بالمعاصي، وأنّه لا كبيرةَ مع استغفار، كما أنّ الصغيرةَ مع الإصرار تصير كبيرةً[2]، إذا كان الأمر كذلك، فإذا تاب الفاسق، وحسنت حاله، ورجع إلى رشده واستوائه في أقواله وأفعاله، واعتداله في دينه، فهل أَفَيبقى أثر فسقه عليه أبداً، ويُحكَمُ بردّ شهادته أبد الدّهر، أم يرتفع عنه الفِسْقُ ويزول، ويأخذ أحكامَ العَدْلِ في الشّريعة؟ وبماذا يرتفع فِسْقُهُ؟ وإن ارتفع وزال؛ فهل تُقْبَلُ شهادته مطلقاً أم مُقَيَّدَةً؟ هذا ما جاءت القاعدة لبيانه، وسيتبيّن إن شاء الله -تعالى- في الفقرة التّالية.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة نَصٌّ في جواب عن السّؤال السّابق، ولا خلاف بين أهل العلم أنّ الفِسْقَ بجميع صوره يرتفع ويزول عمَّن اتّصف به إذا تاب ورجع إلى رشده واعتداله.

كما اتّفقوا على أنّ شهادة الفاسق بذنبٍ لا حَدَّ فيه مقبولةٌ بعد توبته، وكذلك اتّفقوا فيما فيه حَدٌّ على قبول شهادته بعد التّوبة إلاّ في

---

(١) انظر: تعليق الحكم على صفة في: إحكام الفصول ١/٣٨٣، والذّخيرة ١٠/٢٢٠، والفروق ٤/٦٩-٧٠، وتهذيب الفروق ٤/١١٣.

(٢) انظر: أنيس الفقهاء ص ٨٥، وأحكام ابن العربي ٢/١١٥، والذّخيرة ١٠/٢١٨، و٢٢٣، والمهذّب ٣/٦٨٥، والتّوبة والاستغفار ص ٣٦.

معصية القذف، لهم في ذلك اختلافٌ وتفاصيلُ بيانه كالتّالي:

أمّا اختلافهم في قبول شهادة القاذف بعد توبته؛ فهو بين جمهور فقهاء الأمصار وبين الحنفية ومَن وافقهم، وهذه المسألة هي مناسبة إيراد هذه القاعدة، وقد تقدّم توثيق مذاهبهم في مطلع القاعدة.

أمّا تفاصيلهم، فهي في متَى تُقْبَلُ شهادته، أَقبل التّوبة والحدّ؟ أم بعد التّوبة ولو قبل الحدّ؟ أم بعد القذف والحدّ والتّوبة جميعاً؟ فهي ثلاث مسائل، تقدّمت ثالثتها.

وسبب اختلافهم هو مَدْرَكُ رَدِّ شهادة القاذف ومدارها، أعنِي: علّة ذلك، أَهي مُجرّدُ القذف أم ثبوت الفِسْقِ المترتّب على عجزه عن إثبات قذفه؟[١].

المسألة الأولى: تُقْبَلُ شهادَتُهُ بعد القذف وقبل التّوبة والحدّ، وبه قال الحنفية والمالكية[٢].

تعليلهم: أنّ علّة ردّ شهادته هي ثبوت فسقه المترتّب على عجزه عن إثبات قذفه، وما لَم يُحَدَّ لم يثبت القذف الذي هو موجب تفسيقه؛ لإمكان إقامة حجّة وبيّنةٍ وبرهانٍ على صحّة قوله، أو إقرار مقذوفه، وهو حقٌّ لا يجب إلاّ حين يطلبه؛ فلاً يكون قاذفاً، فإذا لم يكن قاذفاً فليس

(١) انظر: الذّخيرة ١٠/٢١٩-٢٢٠، والمغني ١٤/١٩٠.

(٢) انظر: أحكام الجصاص ٥/١١٥-١١٨، وبدائع الصّنائع ٥/٤٠٧، و٤٠٨، والمعونة ٣/١٥٣٦، والاستذكار ٦/١١-١١٣، والمنتقى ٧/١٧٥، والمقدّمات ٣/٢٧٠-٢٧١، والفروق ٤/٦٩، والذّخيرة ١٠/٢١٧، و٢١٩-٢٢٠، ومعين الحكام ٢/٨٨٢، وتهذيب الفروق ٤/١١٢-١١٣.

عليه ذنبٌ، وبقي على أصل عدالته، فلا وجه لإسقاط شهادته[١].

وذهب الشّافعية والحنابلة وبعض المالكية إلى أنّ شهادته مردودةٌ مطلقاً قبل وبعد القذف إلاّ بالتّوبة[٢].

مستندهم: ظاهر الآية؛ حيث رَتَّبت على رمي المحصنات ثلاثة أشياء: إيجاب الحدّ، وردّ الشّهادة، والفسق، فيجب أن يثبت ردّ الشّهادة بوجود الرّمي الذي لم يُمكنه تَحقيقه[٣].

ولعلّ القول بقبول شهادته هنا هو الصّحيح؛ لأنّ مُجرّد القذف ليس بمُفَسِّق؛ لأنّ الله -سبحانه وتعالى- رَتَّبَ ردَّ الشّهادة والفسق على الْجلد بقوله: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[٤]، وترتيب الحكم على الوصف يدلّ على علِّيَّة ذلك الوصف لذلك الحكم؛ فيكون الْجَلْدُ هو السّبب الْمُفَسِّق؛ فحيث لا جَلد فلا فسوق، وقولهم: بوجود الرّمي الذي لم يمكنه تحقيقه، يوافق هذا القول، ويعني أنّ ما أمكنه تحقيقه فلا حدّ عليه، والله -تعالى- أعلم بالصّواب[٥].

المسألة الثّانية: قبولُ شهادته بعد التّوبة ولو قبل الحدّ.

أجمع أهل العلم على أنّ توبة القاذف لا تسقط عنه الحدّ، وإنّما

---

(١) انظر: الاستذكار ١١٢/٦، وفتح الباري ٣٠٢/٥، والمراجع السّابقة.

(٢) انظر: الاستذكار ١١٢/٦-١١٣، والفروق ٦٩/٤، والذّخيرة ٢١٧/١٠، و٢١٩، والمهذّب ٦٨٥/٣، والمغني ١٨٩/١٤.

(٣) انظر: المغني ١٩٠/١٤.

(٤) سورة النّور، الآية: ٤.

(٥) انظر: المنتقى ١٧٥/٧، وإحكام الفصول ٣٨٣/١، والذّخيرة ٢٢٠/١٠، والفروق ٦٩/٤-٧٠، وتهذيب الفروق ١١٣/٤، والمغني ١٩٠/١٤.

تزيل عنه صفة الفسق، وقد تقدّم توثيقه أوّل القاعدة[١].

وأجمعوا على أنّه إذا ثبت قذفه، وحُدَّ ثبت بذلك فِسْقُه، فلا تُقْبَلُ شهادته بعد الحدّ وقبل التّوبة إجماعاً[٢]، لعموم قوله -تعالى-: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[٣].

كما أجمعوا -بما فيهم الحنفية- على أنّه إذا تاب قبل الحدّ صحّت توبته؛ لصحّتها من الغيبة ونحوها قبل إعلامه، والتّحلّل منه، وعلى هذا، إذا شهد بعد توبته وقبل إقامة الحدّ عليه قُبِلَتْ شَهادَتُهُ اتّفاقاً؛ لعموم قوله- تعالى-: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا۟ ﴾[٤]، وهذا القاذف قد تاب، ولا فرق بين ما قبل إقامة الحدّ وما بعدها، ولأنّ صفة الفسق قد زال عنه اتّفاقاً فتصحّ شهادته وتقبل[٥].

وبهذا تقرّر أنّ شهادة القاذف التّائب مقبولةٌ قبل الحدّ وبعده، وتوبته أن يُكَذِّبَ نفسه على الصّحيح، كما سيأتي إن شاء الله المسألة التّالية.

مسألة: وأمّا ما يرتفع به فسق الفاسق ويزول فهو التّوبة؛ فإنّ توبة الفاسق مقبولةٌ، سواء فاسقٌ اعتقاديٌّ أم قوليٌّ عمليٌّ، إذا استجمعت شروطها، والتّوبة على نوعين: ظاهرةٌ وباطنةٌ وتُسَمَّى حقيقيةٌ، أمّا الباطنةُ؛

---

(١) وانظر: بدائع الصّنائع ٤٠٨/٥، والاستذكار ١٠٨/٦-١١٣، والفروق ١٨١/٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٧/٥، والمعونة ١٥٣٦/٣، والاستذكار ١٠٨/٦-١١٣.

(٣) سورة النّور، الآيتان: ٤-٥.

(٤) سورة النّور، الآية: ٥.

(٥) انظر: أحكام الجصاص ١١٥/٣، وبدائع الصّنائع ٤٠٨/٥، والفروق ١٨١/٤، والذّخيرة ٢١٨/١٠، و٢٢٠، والمغني ١٨٨/١٤.

فإنّه إذا تاب وحسنته حاله ارتفع عنه فسقٌ فيما بينه وبين ربّه.

وأمّا الظّاهرةُ وهي التي تتعلّق به أحكامٌ دُنيويةٌ، من قبول شهادته وردّها، وتترتّب عليها حقوقٌ ماليّةٌ أو غير ماليّة، فهل أَفيكفي فيها مُجرّد توبته وحسن حاله أم لا بدّ من صفةٍ زائدةٍ على ذلك؟ للفقهاء في ذلك تفصيلٌ على النّحو التّالي:

المعاصي والذّنوب سواء التي فيها حَدٌّ أم التي ليس فيها حَدٌّ، لا تخلو من أن تكون قولِيَّةً أم فعلِيَّةً، فما كان منها فعلِيَّةٌ فيكفي فيها لقبول شهادته مُجرّدُ توبته، وحسن حاله، واستوائه في قوله وعمله، واعتداله في دينه، والزّيادة في الخير[1].

أمّا ما كان منها قولِيَّةٌ؛ كالقذف والرّدّة، فالصّحيح أنّ التّوبة منها تشترط لها صفةٌ زائدةٌ على توبة باطنَة، وهي تكذيب نفسه؛ حتّى تقبل توبته وشهادَتُهُ، وإلاّ فلا، فتوبة القاذف أنْ يُكَذِّبَ نفسه بلسانه، كما كان القذف بلسانه، وكذلك المرتدّ كَفَرَ بلسانه، فلا تقبل توبته إلاّ بالإيمان ينطق به بلسانه؛ لأنّ المعصية إذا كانت بالأقوال فإنّ التّوبة منها بالقول وتكذيب نفسه، وهو مذهب الحنابلة وبعض المالكية وقولٌ للشّافعية[2].

وذهب الحنفية والمالكية والشّافعية والظّاهرية إلى أنّه يكفي فيها

---

(١) انظر: الاستذكار ٦/١١٠-١١٣، والمنتقى ٧/١٤٢-١٤٣، ١٧٥-١٧٦، والمقدّمات ٣/٢٧١-٢٧٢، وتهذيب الفروق ٤/١١٠، وروضة الطّالبين ١١/٢٤٥، والمغني ١٤/١٩٢، والشّرح الكبير ٢٩/٣٨٤، والمحلّى ٨/٤٧٥، وفتح الباري ٥/٣٠٢-٣٠٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٠٢، و٤٠٥، و٤٠٩، وروضة الطّالبين ١١/٢٢٥، ٢٤٩، والمراجع السّابقة.

أيضاً توبةٌ باطنةٌ لقبول شهادته[1].

ودليل القول الصّحيح -وهو اشتراط تكذيب نفسه- أثر عمر بن الخطاب ﷺ، أنّه قال[2]: ((تُبْ أقبل شَهَادَتَكَ))، وكان هذا محضر الصّحابة، و لم ينقل الخلاف فيه فكان إجماعاً.

مسألة: إذا تقرّر أنّ الفسق إذا ارتفع وزال قُبِلَت شهادة التّائب؛ لزوال العلّة، ووجود سببٍ مسوغٍ لقبولها، أَتُقْبَلُ شهادته في جميع الحقوق بما فيها ما فُسِّقَ فيه، أم قبولُ شهادته مقصورٌ على حقٍّ لَم يسبق أَنْ فُسِّقَ فيه؟ للفقهاء فيها قولان:

القول الأوّل: أنّ شهادته تُقْبَلُ مطلقاً متَى ارتفع عنه الفِسْقُ، وهو مَنصوص القاعدة، وبه قال جمهور فقهاء الأمصار منهم: والشّافعية والحنابلة والظّاهرية، وقولٌ للحنفية، والصّحيح في مذهب المالكية، صحّحه غير واحد منهم، كما هو مذهب المدوّنة، وظاهر قول صاحب البيان والتّحصيل[3].

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ١٢٣/٥-١٢٤، والاستذكار ١٠٨/٦-١١٠-١١٣، والمقدّمات ٢٧١/٣-٢٧٢، والذّخيرة ٢٢٠/١٠-٢٢١، وروضة الطّالبين ٢٢٥/١١، و٢٤٩، ومختصر الخرقي والمغني ١٩١/١٤-١٩٥، والمقنع والشّرح الكبير ٣٩٤/٢٩، والمحلّى ٤٧٥/٨، وفتح الباري ٣٠٥/٥.

(٢) حين طلب من الثّلاثة الذين جلّدهم في قصّة قذفهم المغيرة بالزّنا، فتاب منهم نافع بن الحارث، وشبل ابن معبد، وأبَى أبو بكرة أن يُكَذِّب نفسه، واثقاً بنفسه، فلم تُقْبَل منه عمر شهادته حتّى مات، وكان أفضل القوم.
أخرجه البخاري تعليقاً في صحيحه ٣٠١/٥، كتاب الشّهادات، باب شهادة القاذف، وانظر: الاستذكار ١١٠/٦، والذّخيرة ٢١٧/١٠، والمغني ١٩١/١٤، وفتح الباري ٣٠٣/٥-٣٠٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٩٩/٥، والمدوّنة ٢٣/٤، ورسالة القيرواني ص ٢٤٦، =

القول الثّاني: أنّ شهادَتَهُ تُقْبَلُ فيما عدا ما فُسِّقَ فيه؛ لأنّ التّهمة تلحقه فيه. وبه قال الحنفية، وهو المشهور عند المالكية[1].

ولعلّ القول الأوّل هو الصّحيح الرّاجح؛ لأنّه إذا زال عنه الفسق، وثبتت عدالته قُبِلَت شهادته، ما لم يوجد مانعٌ آخر، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بأدلّةٍ من الكتاب والسّنة والإجماع والمعقول.

أمّا الكتاب فآياتٌ كثيرةٌ تدلّ على أنّ الله سبحانه يغفر جميع الذّنوب لعباده، منها:

قول الله -تعالى-: ﴿ **وَإِنِّي لَغَفَّارٌ لِّمَن تَابَ وَءَامَنَ وَعَمِلَ صَٰلِحًا ثُمَّ ٱهْتَدَىٰ** ﴾[2]، قال في تيسير الكريم الرّحمن: «أي: كثير المغفرة والرّحمة لِمَن تاب من الكفر والبدعة والفسوق، وآمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر، وعمل صالحاً من أعمال القلب والبدن، وأقوال اللّسان»[3].

قوله -تعالى-: ﴿ **قُلْ يَٰعِبَادِيَ ٱلَّذِينَ أَسْرَفُوا۟ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ لَا تَقْنَطُوا۟ مِن رَّحْمَةِ ٱللَّهِ إِنَّ ٱللَّهَ يَغْفِرُ ٱلذُّنُوبَ جَمِيعًا إِنَّهُۥ هُوَ ٱلْغَفُورُ ٱلرَّحِيمُ** ﴾[4].

=

والاستذكار ١٠٩/٦، والمنتقى ١٤٦/٧، و١٧٦، والبيان والتّحصيل ١٩١/١٠-١٩٢، والذّخيرة ٢١٥/١٠، و٢١٨، و٢٢١، ومختصر الخرقي والمغني ١٩٧/١٤.

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) سورة طه، الآية: ٨٢.

(٣) تفسير السّعدي ص ٥١١.

(٤) سورة الزّمر، الآية: ٥٣.

قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُوا عَنِ السَّيِّئَاتِ وَيَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾[(١)].

فمفاد هذه الآيات الكريمة أنّ التّوبة تَمحو كلّ الذّنوب، والصّواب الذي عليه أهل السّنة والجمهور أنّ التّوبة مُمْكنَةٌ من كلّ ذنب، وقد تاب قادةُ الأحزاب، وكانوا أحسن النّاس إسلاماً، وغفر الله لهم، وقد يكون التّائبُ من الذّنب والكفر أفضلَ مِمَّن لَم يقع في الكفر والذّنب، لذلك حذّر ربُنَا الكريم سبحانه وتعالى من اليأس عن المغفرة، فإنّه يؤدّي إلى التّهلكة؛ فإنّه إذا استكثر المذنبُ ذنوبَه، وظنّ أَنْ ليس له طريقٌ يزيلها، فيبقى بسبب ذلك مُصرّاً على العصيان، وأخبر تعالى ليعْلَمَ أنّه يغفر الذّنوبَ جميعاً؛ من الشّرك والقتل والزّنى والرّبا والظّلم وغير ذلك من الذّنوب: الكبائر والصّغائر، والعفو عن السَّيِّئات هو محوها، ومحو أثرها من العيوب وما اقتضته من العقوبات، ويعود التّائب بعده كريماً، كأنّه ما عمل سوءاً قطّ، ويحبّه ويوفّقه لما يقرِّبه إليه[(٢)].

ومن السّنة قوله ﷺ: «التّائب من الذَّنب كَمَا لا ذَنب له»[(٣)].

وهذا نصٌّ صريحٌ أنّ معرة الكبيرة يكفِّرها الحدّ، وتَمحوها التّوبة والورع والعفاف؛ فيصير فاعلها كأنّه لَم يأت قبيحاً، فالله تَوَّابٌ على

---

(١) سورة الشّورى، الآية: ٢٥.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٢٠٨/١١، و٢٣٤/١٥، و٢٥/١٦، والمهذّب ٦٨٥/٣، وروضة الطّالبين ٢٢٣/١١، والتّوبة والاستغفار ص ٢٧-٢٨، و٣٠، و٤٢، وتفسير السّعدي ص ٧٢٧، و٧٥٨.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ١٤٢٠/٢، كتاب الزّهد، باب ذكر التّوبة، برقم: (٤٢٥٠)، وحسّنه الشّيخ الألباني في صحيح ابن ماجه برقم: (٣٤٢٧).

العباد، والتّوّابُ من النّاس التّائب من الذّنب؛ فاقتضى أن لا فسق مع زوال الذّنب الذي تاب منه[١].

وقد أجمع فقهاء الأمصار على أنّ الحكم يدور مع علّته[٢]، فلَمّا كانت علّةُ ردّ شهادة الفاسق هي ثبوتُ فسْقِه، فإذا زال عنه الفسق وارتفع رجع إلى أصل عدالته، وقُبِلَتْ شهَادتَه إذا اجتمعت الشّروط وانتفت الموانع.

ولأنّه غير جائزٍ أن يستحقّ التّائبُ الذّمَّ، والتّوبةُ تزيل الفسق شرعاً وعقلاً، ولأنّ التّائب من الكفر مقبولُ الشّهادة؛ فالمسلم التّائب من القذف أولَى وأحرى[٣]، والله سبحانه -وتعالى- أعلم بالصّواب.

من تطبيقات القاعدة:

١-الأصل أنّ شهادة الفاسق لا تصحّ، فهي مردودةٌ غير مقبولة في حالة السّعة إذا تحقّق فسقه، وإن لَم يوجد غيره فيشهد الأمثلُ فالأمثلُ[٤].

٢-أنّ الفاسق متَى ارتفع عنه وصف الفسق وزال صَحَّتْ شَهَادَتُهُ وقُبلت بلا خلاف بين فقهاء الأمصار، سواء كان فسقه بكفرٍ أم معصيةٍ

---

(١) انظر: صحيح البخاري ٦١٩/٨، والذّخيرة ٢٨٦/١٠، وشرح منتهى الإرادات ٦٦٤/٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع٤٠٧/٥، والاستذكار١٠٩/٦، وإحكام الفصول٣٨٣/١، والذّخيرة٢١٨/١٠.

(٣) انظر: أحكام الجصاص١٢٣/٥، و١٢٥، والذّخيرة٢١٧/١٠، والمغني١٩٢/١٤.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٢/٥-٤٠٧، والهداية ١١٨/٣، والمعونة ١٥١٧/٣، و١٥٣٥، والمنتقى ١٤٦/٧-١٤٨، والفروق ٧١/٤، والذّخيرة ٢١٥/١٠، وتهذيب الفروق ١٠٩/٤، ف (٢٢٩)، والمهذّب ٦٨٤/٣، وروضة الطّالبين ١٦٧/١١، و٢٣٠، والمقنع والشّرح الكبير ٣٤٢/٢٩-٣٤٣، و٣٩٠، والطّرق الكمية ص ١٨١، و١٨٤، والمحلّى ٤٧٢/٨.

وذنب، وسواء كان الذّنب والمعصية فيها حدّ أم لا[1]، إلاّ خلاف الحنفيةِ في المحدود في القذف، وقولهم مرجوحٌ، وقد تقدّم.

٣-المعتدُّ به في تأثير الفسق-هو وقت الأداء لا وقت التّحمل، يعني: لا يشترط لِصحّة تحمّل الشّهادة العدالة، وإنّما هي من شرائط الأداء، فلو كان وقتَ التّحمّل كافراً أو فاسقاً ثم أسلم، أو تاب وحسنت توبته فشهد عند القاضي قُبِلَت شهادته[2].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٠٢/٥، و٤٠٧، و٤٠٩، والهداية ١٢٢/٣، وأشباه ابن نجيم ص ٢٢٩، والمنتقى ١٤٢/٧، والذّخيرة ٢١٧/١٠، و٢١٨،

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٩٨/٥، و٤٠٧، والمنتقى ١٤٦/٧، و١٥٦، والذّخيرة ١٥٣/١٠، والمغني ١٩٧/١٤.

المبحث العاشر: القاعدة الثّامنة والسّتّون [٦٨]

[كُلُّ مَنْ يَتَأَتَّى مِنْهُ الفَصْلُ بين النّاسِ فَحُكْمُهُ جَائِزٌ، إلاّ ما خَصَّهُ الإجْمَاعُ من الإمَامَةِ الكُبْرَى]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة في كتاب الأقضية الباب الأوّل في معرفة مَنْ يَجُوزُ قضاؤه، مُوَجِّهاً بها القول القائل بِجواز قضاء المرأة ونفوذه في كلّ شيء؛ حيث قال: «وكذلك اختلفوا في اشتراط الذّكورية، فقال الجمهور[١]: هي شرطٌ في صحّة الْحُكْمِ.

وقال أبو حنيفة: يَجوز أن تكون المرأة قاضياً في الأموال[٢].

وقال الطّبري[٣]: يَجوز أن تكون المرأة حاكماً على الإطلاق في كلّ شيءٍ[٤].

---

(١) من المالكية والشّافعية والحنابلة

انظر: المعونة ١٥٠٧/٣، والمقدّمات ٢٥٨/٢، والذّخيرة ١٦/١٠، و٢١-٢٢، والقوانين الفقهية ص ١٩٥، والمهذّب ٥٩٣/٣، وروضة الطّالبين ٩٤/١١-٩٥، وتكملة المجموع ٢٢٣/٢٢، والمغنِي ١٢/١٤، والمقنع والشّرح الكبير ٢٩٨/٢٨، ومنتهى الإرادات ٣٥٦/٢.

(٢) قالوا: إنّ الذّكوريّة ليست شرطَ جواز التّقليد في الجملة؛ لأنّ المرأة من أهل الشّهادات في الجملة، إلاّ أنّها لا تقضي في الحدود والقصاص؛ لأنّ شهادتها لا تُقْبَلُ فيهما، وأهليّة ولاية القضاء تدور مع أهلية ولاية الشّهادة.

انظر: مختصر القدوري ص ٢٢٦، وبدائع الصّنائع ٤٣٩/٥، والهداية ١٠٧/٣.

(٣) هو أبو جعفر، محمّد بن جرير الطّبريّ الإمام المفسِّر، صاحب التّفسير، توفي سنة: (٣١٠هـ)، انظر: ترجمته في: سير أعلام النّبلاء ٢٦٧/١٤.

(٤) وهو مذهب الظّاهرية، وقال ابن حجر في فتح الباري ٧٣٥/٧ هو روايةٌ عن الإمام =

=

مالك، ولَم أقف عليه فيما اطّلعت عليه من مصادر المالكية.
وهذاً القول بناءً على أنّ الذّكورية ليست بشرط لجواز التّقليد، ولا شرط لصحّته، وإنّما هي شرط الكمال، وكونه شرط الكمال هُوَ الـذي درج عليـه الشّـافعية والحنابلة في كتبهم، قال ابن قدامة في المغني ١٢/١٤: ((وجملته أنّـه يشـترط في القاضي ثلاثة شروط؛ أحدها الكمال، وهو نوعان: كمالُ الأحكـام، وكمـال الخلقة، أمّا كمال الأحكام فيعتبر في أربعة أشياء: أن يكون بالغاً، عـاقلاً، حُـرّاً، ذكراً))، وانظر: تكملة المجموع ٢٢٣/٢٢، والشّرح الكبير ٢٩٨/٢٨، وهذا الكلام مفاده أنّ منع توليتها ليس حراماً بذاهّا، وإنّما لأمور أخرى.
ولعلّ هذا الرّأي هو الأرجح في نظريّ، وهو أنّ الذّكوريّة شرطٌ للكمال لا شرط الجواز والصّحّة، وأنّ المنبغي عدم توليتها ولاية القضاء لأمور أخرى، وذلك لما يلي:
أمّا كون عدم توليتها هو المنبغي؛ فلأنّه غير متعارفٍ عليه في العرف الشّرعيّ، وتوليتـها تؤدّي إلى محاذيرَ مُنِعَت منها؛ كرفع صوهّا، واختلاطٌ بالرّجال الأجانب، والسّفر الممنوع.
وأمّا جوازها؛ فلعدم ورود نصٌّ صريح يمنع ذلك، وقد تقرّر أنّ النّسـاء شـقائق الرّجال، إلاّ ما خصّه دليلٌ ولا دليلٌ مخصِّصٌ.
ولأثر عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه ولّى الشّفاء امرأةً من قومه السّوق، انظر: عارضة الأحوذي ١١٩/٩، والذّخيرة ٢٢/١٠، والمحلّى ٥٢٧/٨.
ولأنّ الغرض من الحكم تنفيذُ الأحكام، وسمَاعُ البيّنة، والفصل بـين الخصـوم، وذلك متأتٌ من المرأة كتأتيه من الرّجل، فلاَ فرق بينهما إلاّ كفرق ما بين الأنثَـى والذّكر، وهذا القدر غير مؤثّر، انظر: المعونة ١٥٠٧/٣، والذّخيرة ٢٢/١٠.
ولأنّها جائزةُ الولاية في الشّريعة، وهي مسؤولةٌ عن ولاية بيت زوجهـا، وتـدير شؤوهّا. انظر: فتح الباري ١٢١/١٣.
ولأنّها جائزةُ الشّهادة كالرّجال، والقضاء شقيق الشّهادة، وجائزة الفتوى، فيكون جائزة القضاء؛ لأنّ كلّ واحد منهما بيانٌ للحكم الشّرعيّ، وهي أهل ذلك، وأهلٌ للإلزام.
قال ابن حزم في المحلّى ٥٢٧/٨-٥٢٨: ((مسألة: وجائزٌ أن تَلي المرأة الحكم، وقد روي عن عمر بن الخطاب أنّه وَلّى الشّفَاءَ امرأةً من قومه السّوقَ.
فإنْ قيل: قد قال رسول الله ﷺ : (لَنْ يُفْلحَ قومٌ أسندوا أمرهم إلى امرأةٍ).
قلنا: إنّما قال ذلك رسول الله ﷺ في الأمر العام الذي هو الخلافة.

=

قال عبد الوهّاب[1]: ولا أعلم بينهم اختلافاً في اشتراط الحريّة.

=

برهان ذلك: قوله عليه الصّلاة والسّلام: (المرأة راعيةٌ على مال زوجها، وهي مسؤولة عن رعيتها)...، ولَم يأت نصٌّ من منعها أن تلي بعض الأمور».
وانظر: المعونة ١٥٠٧/٣، وتكملة المجموع ٢٢٣/٢٢، وفتح الباري ١٢١/١٣.

(١) في المعونة١٥٠٦/٣، وانظر: مختصر القدوري ص٢٢٦،والتّلقين ص ٥٣١، والهداية ١٠٨/٣، والمقدّمات ٢٥٨/٢، والمهذّب ٥٩٣/٣، ومنتهى الإرادات٣٥٦/٢.
وهذا الإجماع المَحْكيّ فيه نظرٌ؛ فإنّ الظّاهرية خالفوا، وقالوا بأنّه جائزٌ أَنْ يَليَ العبدُ القضاءَ؛ لأنّه مخاطبٌ بالأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ [سورة النّساء، الآية: ٥٨].
وهذا مُتَوَجَّهٌ بعمومه إلى الرّجل والمرأة، والحرّ والعبد، والدِّينُ كلّه واحدٌ، إلاّ حيث جاء النّصّ بالفَرق بين المرأة والرّجل، وبين الحرّ والعبد؛ فيُستثنَى حينئذٍ من عموم إجمال الدِّين، انظر: المحلّى ٥٢٨/٨.
وخلافهم هذا خلافٌ قَويٌّ ووَجيهٌ، وقولهم هذا هو الذي يترجّح في نظري، يعني: أنّ العبد جائزٌ أن يليَ القضاءَ، وهو الذي تؤيّده أدلّةٌ لا مدفع فيها منها:
١- قوله ﷺ: «إنْ أُمِّرَ عَلَيكُم عَبْدٌ مُجَدَّعٌ (حَسِبْتُهَا قالت) أَسْوَدُ، يَقُودُكُم بكتاب الله تعالى، فاَسْمَعُوا وأَطيعُوا»، أخرجه مسلم في صحيحه ٩٤٤/٢، كتاب الحجّ، باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النّحر راكباً...، برقم: (١٢٩٨)، وأخرج نحوه البخاري في صحيحه ١٣٠/١٣، كتاب الأحكام، باب السّمع والطّاعة للإمام ما لَم تكن معصيةً، برقم: (٦٨٨٤).
٢- قول أبي ذر الغفاري رضي الله عنه: «إنّ خَليلي -يعني: رسول الله ﷺ أوصَاني أنْ أَسْمَعَ وأُطيعَ، وإن كان عبداً مُجَدَّعَ الأَطرافَ»، أخرجه مسلم في صحيحه ١٤٦٧/٣، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية...، برقم: (١٨٣٧).
ومفاد الحديثين عامٌّ في كلّ أمير وصاحب ولاية، سواءً كان إماماً أعظم أو دونه، بأَن جُعلَ عاملاً، أو أُمِّرَ إمارةً عامّةً على البلد، أو ولِيَ فيها ولايةً خاصّةً كالإمامة في الصّلاة، أو جباية الخرج، أو مباشرة الحرب، ولو لَم يكن إماماً؛ لأنّ محلّ الأمر بطاعة الأمير أن يكون مُؤَمَّراً من قبل الإمام.

=

فَمَنْ رَدَّ قضاء المرأة شَبَّهَهُ بقضاء الإمامة الكبرى، وقاسها -أيضاً- على العبد لنقصان حرمتها[١].

=

انظر: شرح مسلم للنووي ٥١/٩، و٤٢٩/١٢، وفتح الباري ٢١٩/٢، و١٣٠/١٣-١٣١.

وهذا نَصٌّ جليٌّ على صحّة ولاية العبد ونفوذها، وهو فعل عثمان بحضرة الصّحابة رضي الله عنهم أجمعين، ولَم ينكر ذلك منهم أحدٌ؛ فكان إجماعاً، وأُثِرَ عن عمر بن الخطاب ﷺ قوله: «أطع الإمام وإن كان عبداً مُجدَعاً»، ولا يُعرَفُ له من الصّحابة مُخالفٌ. انظر: المحلّى ٥٢٨/٨.

(١) وهم الجمهور من المالكية والشّافعية والحنابلة، واستدلّوا أيضاً بما يأتي:

١- قوله ﷺ: «لَنْ يُفْلِحَ قومٌ وَلَّوا أَمْرَهُم امْرَأَةً».

أخرجه البخاري في صحيحه ٧٣٢/٧، كتاب المغازي، باب: كتاب النّبيّ ﷺ إلى كسرى وقيصر، برقم: (٤٢٥٢).

وضد الفلاح الفساد، فاقتضى الحديث أنّها إذا وليت القضاء فسد أمرُ مَن وليتهم، فدلّ أنّها لا تليه.

وانظر: المعونة ١٥٠٦/٣، وعارضة الأحوذي ١١٩/٩، والذّخيرة ٢١/١٠-٢٢، وتكملة المجموع ٢٢٣/٢٢، والمغني ١٢/١٤-١٣، وفتح الباري ٧٣٥/٧، و٦٠/١٣-٦١.

٢- قول أبي بكر محمّد بن الطّيّب الباقلانيّ ناقضاً للقول بالجواز: إنّ الغرض بها حفظ البيضة، وحماية الحوزة، والذّبّ عن الأمّة، وجباية الخراج وأموال المسلمين، وصرفها في وجوهها قد يتأتّى ذلك من المرأة ومن الرّجل، ومع ذلك فلا يجوز أن تكون إماماً.

انظر: المعونة ١٥٠٧/٣-١٥٠٨.

٣- ولأنّه لا بدّ للقاضي من مُجالسة الرّجال من الفقهاء والشّهود والخصوم، والمرأة مَمنوعةٌ من مجالستهم لمَا يُخاف عليهم من الافتتان بها، ولأجل ذلك مُنعَت أن تقوم بجنب الرّجل في الصّلاة؛ فالقضاء أَوْلَى؛ لأنّه موطن ورود الفجّار.

انظر: الذّخيرة ٢١/١٠-٢٢، والمهذّب ٥٩٣/٣، والمغني ١٢/١٤.

=

ومَنْ أجاز حُكْمَهَا في الأموال فَتَشْبيهاً بجواز شهادتها في الأموال.

ومَنْ رَأى حُكْمَهَا نَافذاً في كلّ شيء، قال: إنّ الأصل هو أنّ **كلّ مَنْ يَتَأتّى منه الفَصْلُ بين النّاس؛ فَحُكْمُهُ جَائزٌ، إلاّ مَا خَصَّصَهُ الإجماع من الإمامة الكبرى.**

وأمّا اشتراط الحرّيّة فلا خلاف فيه»[1].

توثيقها:

لم أظفر بنقولات من فقهاء الأمصار تنصّ على هذه القاعدة، ولكن لهم مسائلُ وتفريعاتٌ وتخريجاتٌ تنطبق على القاعدة، وخاصّة مسألة التّحكيم، كما سيأتي، وفيها يقول صاحب تكملة المجموع مُعلِّلاً للقول القاضي بأنّ حكم الْمُحَكَّم يلزم بالحكم نفسه: «مَنْ صَحَّ حُكْمُهُ، لزمه

=

٤- أنّ القضاء آكد من حال الإمامة في الصّلاة؛ فإذا لم يجز أن تكون المرأة إمامةً للرّجال؛ فلأن لا يجوز أن تكون قاضيةً أولَى.

انظر: المعونة ٣/١٥٠٦، وتكملة المجموع ٢٢/٢٢٣، والمغني ١٤/١٤.

٥- ولأنّها لا تصلح للإمامة العظمَى، ولا لتولية البلدان، ولهذا لَم يوَلّ النّبيُّ ﷺ، ولا أحدٌ من خلفائه، ولا مَن بعدهم امرأةً قضاء، ولا ولاية بلدٍ فيما نُقِلَ، ولو جاز ذلك لَم يَخْلُ منه جميع الزّمان غالباً.

انظر: المعونة ٣/١٥٠٦، والمغني ١٤/١٣، والشّرح الكبير ٢٨/٢٩٩، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٧٥.

يجاب عن هذا بأنّ النّبيّ ﷺ أثبت للمرأة الولاية كما في حديث «والمرأة مسؤولة عن بيت زوجها»، وأمَانُها نافذٌ كأمان الرّجل؛ ولو كانت ليست من أهل النّظر لَما جاز أمانها.

وأنّ عمر ولّى امرأةً على السّوق، وإن سُلِّم عدم توليتها عبر العصور؛ فإنّما ذلك لما تقدّم من محاذيرَ مذكورةٍ تشوبها، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

(١) بداية المجتهد ٤/٤٢٩.

بنفس الحكم كالحاكم الذي ولاّه الإمام»[١].

وما جاء في منتهى الإرادات: «فصلٌ: وإن حَكَّمَ اثنَانَ فأكثَرُ بينهما صَالحاً للقضاء، نَفَذَ حُكْمُهُ في كلّ ما ينفذ فيه حكم مَن ولاّه إمامٌ أو نائبه»[٢].

شرح مفردات القاعدة:

فحكمه: المراد بالحكم هنا: القضاء، وهو صِفةٌ حكميّةٌ، توجب لِموصوفها نُفوذَ حُكمه الشّرعيّ، ولو بتعديلٍ أو تَجريحٍ، لا في عموم مصالح المسلمين[٣].

وعَرَّفَه في شرح منتهى الإرادات بقوله: «تَبْيِينُ الحكم الشّرعِيّ، والإلزام به، وفصل الخصومات»[٤].

وقيل: القرار الذي يصدره القاضي لينهي به المخاصمة بين المتخاصمَين[٥].

والقاضي في عرف الشّرع يصدق على مَنْ لَهُ وصفٌ حكميٌّ يوجب نفوذ حكمه، وسُمِّيَ بذلك لأنّه يُمضي الأحكامَ ويحكمها، أو لإيجابه الحكمَ على مَن يجب عليه[٦].

---

(١) تكملة المجموع للمطيعي ٢٢/٢٢٥.

(٢) منتهى الإرادات للفتّوحي ٢/٣٥٧، وانظر: المقنع ٢٨/٣٢٤.

(٣) انظر: الفروق ٤/٥٤، وحدود ابن عرفة ٢/٥٦٧، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٥٦٧-٥٦٨، وأنيس الفقهاء ص ٨٤.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦/٤٦٢.

(٥) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٦٢.

(٦) شرح حدود ابن عرفة ٢/٥٦٧، وتهذيب الفروق ٤/٩٨، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٦٢.

جائزٌ: أي: صحيحٌ نافذٌ، لا يمنع فعله[١].

خَصَّصَه: تَخصيصاً، والتَّخصيص من الخاصّ، وهو: مقابلٌ للعام، فإذا كان العام يتناول أكثر من واحدٍ بلا حصرٍ؛ فإنّ الخاصّ لا يتناول سوى واحدٍ[٢].

والتّخصيص لغة: الإفراد[٣].

واصطلاحاً: قصر العام على بعض أفراده لدليلٍ يدلّ على ذلك، يعنِي: جعل الحكم الثّابت للعام مقصوراً على بعض أفراده بإخراج البعض الآخر عنه، وقد يكون التّخصيصُ قَصْرَ المتعدِّد على بعض أفراده أيضاً[٤].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

الحكم والقضاء هو الفصل بين النّاس بالحقّ، والحِكم بما أنزل الله -سبحانه وتعالى-، فكانت تولية القاضي لإقامة الفرض فرضاً ضرورةً[٥].

هذه القاعدة تقرّر أنّ الأصلَ في صلاحية الحكم والقضاء أن تكون لكلِّ مَنْ يتأتّى منه حكمٌ وقضاء بين النّاس، ويفصل بينهم، وأنّ قوله نافذٌ وحكمه جائزٌ بلا شرطٍ ولا قيد، إلاّ أنّ هذا الأصل قابلٌ للتّخصيص بالإجماع، فَمَا ثبت الإجماعُ على أنّه لا ينفذ قوله، ولا يكون جائزاً لموضع

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٣٦.
(٢) انظر: تسهيل الوصول ص ٣٦.
(٣) انظر: المصباح المنير ص ٦٥.
(٤) انظر: إحكام الفصول ١/٢٦٧، ومذكّرة أصول الفقه ص ٢٥٩، وتسهيل الوصول ص ٣٦.
(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٣٨، والمقدّمات ٢/٢٥٣، وعقد الجواهر ٣/١٠٠١، و١٠٠٥، وحدود ابن عرفة ٢/٥٦٧، ومنتهى الإرادات ٢/٣٥٦.

نصٌّ ثابت؛ فهو مُستَثْنَى من القاعدة[1].

وهذه قاعدةٌ من القواعد الشّرعية المهمّة، والتي ينبغي أن تُعْنَى بها، وبخاصة في زماننا الحاضر؛ حيث توجد بكثرة مُجتمعاتٌ تقطنها أَقَلّيةٌ مُسلِمَةٌ، ولا يُتَصَوّر أن يكون لهم قاضٍ مُوَلًّى من قبل الإمام الأعظم أو رئيس الدّولة، إمّا لكون الإسلام غيرَ مُسَجَّلٍ رسميّاً بَعْدُ كدينٍ تَعْتَبِرُه الدّوَلَةُ وتَعْتَرِفُ به، أو مُعْتَرَفٍ به رسمياً لكن المسلمين في مرحلة النّشوء؛ بحيث لا يمكنهم نصب المحاكم والقضاة؛ فأهمية هذه القاعدة تَكمن في بيانها أنّ كلّ مَنْ يتأتّى منهم الفصلُ بينهم، ويُمكنهم التّحاكم إليه؛ فحكمه جائزٌ نافذٌ كَحكم قاضي الإمام.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

ما قرّرته هذه القاعدة مجمعٌ عليه لدى فقهاء الأمصار في الجملة، وهو أنّ كلّ مَنْ يمكنه الحكم والفصل بين الاثنين؛ فإنّ حكمَهُ جائزٌ ونافذٌ، ذكراً كان أو أُنْثَى، إلاّ ما خصَّصه الإجماع، أنّه ليس أهلاً لذلك فَيُمْنَع.

ومن الممكن تقسيم الحكم والفصل بين النّاس باعتبار مصدره ونفوذه وشمول ولايته إلى: حُكْمٍ عُرْفِيٍّ، أو ولايةٍ خاصّةٍ، وحُكمٍ تقليدِيٍّ من قبل الإمام، أو لاية عامّة.

القسم الأوّل: الحكمُ العُرْفِيّ[2] وله صورٌ أيضاً حسب مصدر قوّته وتخويله، منها:

ما يناله الإنسان بسبب عرف القبيلة، أو الأسرة، أو الفريق أو نحو

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٣٨.

(٢) انظر: الذّخيرة ٥/٣٤-٣٥، و٥٦، وفتح الباري ١٢١/١٣.

ذلك، من مكانة تجعله صاحبَ القول والرّأي والفصل بين الذين حوله؛ بحيث يكون رئيس قبيلة مثلاً هو الذي يُصْدِرُ الأوامر والأحكام والأقضية، ويُسمَعُ له ويُطَاعُ.

دليله قوله ﷺ : «إنّ الله هو الْحَكَمُ، وإلَيه الْحُكْمُ، فَلِمَ تُكَنَّى أبا الحكم؟»، فقال: إنّ قومي إذا اختلفوا في شيءٍ أَتَوني؛ فَحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، فقال: «مَا أَحْسَنَ هَذا! فَمَن أَكْبَرُ وَلَدِكَ؟»، قال: شُرَيحٌ، قال: «فَأَنتَ أبو شُرَيحٍ»[1]؛ فقد حَسَّنَ النَّبيّ ﷺ حكمه بين قومه، فدلّ على جوازه[2].

أو بحكم كونه ربَّ البيت، أو ربةَّ البيت؛ فالأب والأمّ كلّ واحدٍ منهما يتأتّى منه الحكمُ والفصلُ بين أفراد الأسرة، وحكمه جائزٌ نافذٌ.

دليله قوله ﷺ : «والرَّجُلُ راعٍ على أهل بيته، وهو مَسؤولٌ عنهم، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ على بَيتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ، وهِيَ مسؤولةٌ عنهم»[3]؛ فأثبت لكلّ واحدٍ منهم ولايةً، وأنّهم مشتركون فيها، ويدخل فيها الفصلُ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٥/٢٤٠، كتاب الأدب، باب في تغيير الاسم القبيح، برقم: (٤٩٥٥)، والنّسائي في سننه ٤/٨/٢٢٦-٢٢٧، باب إذا حَكَّمُوا رجلاً فقضى بينهم، وأخرجه في سننه الكبرى ٣/٤٦٦، برقم: (٥٩٤٠)، وابن حبّان في صحيحه ٢/٢٥٧، برقم: (٥٠٤)، وصحّحه، والحاكم في المستدرك ١/٧٥، برقم: (٦٢)، والبيهقي في السّنن الكبرى ١٠/١٤٥، برقم: (٢٠٢٩٨).
وجَوَّدَ إسناده الألباني في مشكاة المصابيح برقم: (٤٧٦٦).

(٢) انظر: الذّخيرة ١٠/٣٥، والشّرح الكبير ٢٨/٣٢٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٢/٤٤١، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، برقم: (٨٧٢)، ومسلم في صحيحه ٣/١٤٥٩، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل...، برقم: (١٨٢٩)، واللّفظ له.

والحكمُ، والقيام بمصالح الدِّين والدّنيا(١).

ومن صوره التّحكيم، وهو أَنْ يُحَكِّمَ اثنان رجلاً غير القاضي؛ ليقضي بينهما، ويفصل ويحكم لهما، والْمُحَكَّم بِمَنْزلة القاضي الْمُقَلَّد؛ فإذا حكم وقضى بينهما نُفِّذَ حكمه ومضى، دليل ذلك: أَثَرُ تَحَاكُمِ عمر بن الخطّاب وأُبَيّ بن كعبٍ إلى زيد بن ثابتٍ رضي الله تعالى عنهم، وتَحَاكُمِ عثمان بن عفّان وطلحة إلى جبير بن مطعم رضي الله عنهم(٢).

ومشروعية التّحكيم وجوازه مجمعٌ عليه لدى العلماء في الجملة كما تقدّم، وإن كان خلافٌ في بعض فروعه، ومنها:

مجال حكمه: مذهب الشّافعية والحنابلة أنّ له الحكم في كلّ شيءٍ، كقاضي الإمام، وأمّا الحنفية والمالكية وبعض الشّافعية فاستثنوا الحدود والقصاص لا يصحّ فيها حكمه، وزاد المالكية والشّافعية: ولا يحكم في قصاصٍ أو قذفٍ أو طلاقٍ أو عتاقٍ أو نسبٍ أو ولاء، ولا يقيم الْمُحَكَّمُ حَدّاً، ولو أقام ذلك بنفسه؛ فقتل أو اقتصّ أو ضرب الحدود لأُدِّبَ وزُجِرَ، ومضى ما كان صواباً من حكمه، وكان المحدود بالقذف محدوداً والتّلاعن ماضياً(٣).

---

(١) انظر: شرح مسلم للنّووي ٤١٧/١٢، وفتح الباري ١٢١/١٣.

(٢) تقدّم تخريج الأثرين في القاعدة (٣٥) الدّليل والرّابع والخامس من أدلّة المذهب الأوّل، في مسألة: بيع مبيعٍ غائب.
وانظر أيضاً: الذّخيرة ٣٥/٥، والمهذّب ٥٩٤/٣، وتكملة المجموع ٢٢٤/٢٢، والشّرح الكبير ٣٢٥/٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٤٠/٥، والهداية ١٠٨/٣، والمعونة٣/١٥١٠-١٥١١، وعقد الجواهر ١٠٠٥/٣، و١٠٠٦، والقوانين الفقهية ص ١٩٦، والمهذّب ٥٩٤/٣-
=

نفوذ حكمه: مذهب المالكية والحنابلة أنّ حكمه نافذٌ ولازمٌ؛ لأنّهما تراضيا به فلزمهما حكمه، ويرى الحنفية والشّافعية وبعض المالكية أنّه ليس بلازمٍ ما لم يتّصل به الحكم، ويتراضيان بعد الحكم؛ حتّى لو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصحّ رجوعه، وأمّا إذا حكم فقد صار لازماً[1].

غير قابلٍ للنقض: يرى الجمهور أنّ حكمه ماضٍ ونافذٌ وليس للقاضي أن ينقض حكمه، وإن خالف مذهبه، إلاّ أن يكون جوراً بيّناً لم يختلف فيه أهل العلم، ويرى الحنفية أنّه إذا حكم في فصلٍ مُجتَهَد فيه، ثم رُفِعَ حكمه إلى القاضي، ورأيُهُ يُخالفُ رأيَ الحاكم المُحَكَّم للقاضي أن يفسخ حكمه[2].

وهذا النّوع من الحكم والفصل لا يُشتَرط لِمَن يقوم به شروطٌ مُعَيَّنةٌ؛ لكون طريقة الوصول إليه عُرفيّاً ورَاثيّاً؛ فيتعامل معه حسب الأعراف والعوائد بِحسب زمانٍ ومكانٍ، وينفذ حكمه وقضاؤه حفاظاً على الأمن والسّلامة.

القسم الثّاني: الحكم التّقليديّ، والمقصود به هو الّذي لا يناله الإنسان إلاّ بتوليةٍ من الإمام الأعظم، وهذا حكمه حكم الشّهادة؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما من باب الولاية؛ فكلّ مَنْ كان أهلاً للشّهادة يكون أهلاً

=

٥٩٥، وروضة الطّالبين ١١/١٢١-١٢٣، وتكملة المجموع ٢٢/٢٢٤-٢٢٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٨/٣٢٤-٣٢٦-٣٢٨، ومنتهى الإرادات ٢/٣٥٧، و٤٨١، و٤٨٢.

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: المراجع السّابقة.

لِتَوَلِّي هذا القضاء، وما يشترط لأهليّة الشّهادة يشترط لأهليّته[١]، فهذا الذي اختلف فقهاء الأمصار في شروط جواز توليته وصحّته، ومن هذه الشّروط مُجمعٌ عليه، ومنها مختلفٌ فيها، وبيان ذلك على النّحو التّالِي:

أوّلاً: الشّروط المجمع عليها:

- كون مُوَلِّيهِ الإمام الأعظم، يعنِي: أن يكون الذي يُوَلِّي هذا الحاكم الإمام، أو نائبه، وينبغي أن يختار مَن هو الأقدر والأولَى؛ لأنّها من المصالح العامّة، فلم تجز إلاّ مِن جهة الإمام كعقد الذّمّة[٢].
- العقل والبلوغ والإسلام والحريّة، فهي شروط الجواز؛ فلا تَجوز تولية مَجنون، ولا صبِيٍّ، ولا غير مسلمٍ، ولا عبدٍ عند الجمهور[٣].
- كون الْمُوَلَّى عَالِماً من أهل الاجتهاد، هذا شرطٌ مجمعٌ عليه على اختلاف بينهم في نوعية الشّرط؛ حيث يرى الحنفية أنّه شرط الأوّليّة والفضيلة والكمال؛ حتّى لو قُلِّدَ الجاهل؛ فإنّه يصحّ؛ لأنّه يُمْكنه أن

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٤/٤٢٩، وأنيس الفقهاء ص ٨٤.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٢٥، والهداية ٣/١٠١، والمقدّمات ٢/٢٥٨، وعقد الجواهر ٣/١٠٠٢، والمهذّب ٣/٥٩٤، وتكملة المجموع ٢٢/٢٢٤-٢٢٥، ومختصر الخرقي والمغنِي ١٤/١٢، والمقنع والشّرح الكبير ٢/٢٦٧، ومنتهى الإرادات ٢/٣٥٧، وشرح منتهى الإرادات ٦/٤٦٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع٥/٤٣٨-٤٣٩،والمقدّمات٢/٢٥٨،وعقد الجواهر ٣/١٠٠٢، والذّخيرة ١٠/١٦، ومعين الحكّام ٢/٦٠٨، والقوانين الفقهية ص ١٩٥، وحدود ابن عرفة ٢/٥٧٥، والمهذّب ٣/٥٩٣، وروضة الطّالبين ١١/٩٤-٩٥، وتكملة المجموع ٢٢/٢٢٢-٢٢٣، ومختصر الخرقي والمغنِي ١٤/١٢،والمقنع والشّرح الكبير٢٨/٢٩٧-٢٩٩-٣٠٦،ومنتهى الإرادات٢/٣٥٦،والمحلّى٨/٤٢٧.

يقضي بفتوى غيره، ومقصود القضاء يَحصل به، وهو إيصال الحــق إلى مستحقّه[1].

وجعله المالكية والشّافعية من الخصال المستحبة لتولية القضاء، وعَدَّهُ الحنابلة شرطاً مطلقاً[2].

ثانياً: الشّروط المختلف فيها:

الشّرط الأوّل: الذّكورية، وهذا الشّرط هو مناسبة إيراد ابن رشد لهــذه القاعدة، وقد تقدّم الكلام عليه في مطلع القاعدة.

الشّرط الثّاني: العدالة: اختلف فيه على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّ العدالة شرطٌ لجواز تولّي ولاية القضاء؛ فالفاســق لا تجوز توليَتُهُ، ولا تصحّ، وبه قال المالكية والشّافعية والحنابلة[3].

المذهب الثّاني: أنّ العدالة ليست بشرط الجواز، وإنّما شرط الكمال، وأنّ الفاسقَ أهلٌ للقضاء؛ حتّى لو قُلِّدَ القضاء يصحّ، إلاّ أنّه لا ينبغِي أن يُقَلَّدَ، وبه قال الحنفية[4].

وقالوا في ظاهر المذهب: لو كان القاضي عــدلاً، ففســق بأخــذ الرّشوة أو غيره لا ينعزل، ويستحقّ العزل؛ لأنّ الْمُقَلِّد اعتمد عدالته، فلم

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢٢٥، وبدائع الصّنائع ٥/٤٤٠، والهداية ٣/١٠١.

(٢) انظر: المعونة ٣/١٥٠٠، والمقدّمات ٢/٢٥٨، وعقد الجواهر ٣/١٠٠٣، والذّخيرة ١٠/١٦، والقوانين الفقهية ص ١٩٥، والمهــذّب ٣/٥٩٣، وروضــة الطّــالبين ١١/٩٥، والمغني ١٤/١٤.

(٣) انظر: المقدّمات ٢/٢٥٨، وعقد الجواهر ٣/١٠٠٢، والذّخيرة ١٠/١٦، وحدود ابــن عرفة٢/٥٧٥، و٥٧٧، والمهذّب ٣/٥٩٣، وتكملــة المجمــوع ٢٢/٢٢٣، والمغنــي ١٤/١٣-١٤،والمقنع والشّرح الكبير٢٨/٢٩٨،و٣٠١،ومنتهى الإرادات٢/٣٥٦.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٤٣٩، والهداية ٣/١٠١، وأنيس الفقهاء ص ٨٤.

يكن راضياً بتقليده دونها؛ فينعزل، وأمّا تقليده ابتداءً فصحيحٌ[(١)].

في حين قال أصحاب القول الأوّل بأنّ الفاسق لا يجوز قضاؤه، كما لا تُقْبَل شهادَتُهُ؛ لأنّ القضاء يتضمن الولايات في التّزويج والنّظر في أموال السّفهاء واليتامى والوقوف، والفاسق ينافي هذه الولايات[(٢)].

ولعلّ الصّحيح أنّ اعتبار العدالة مستحبٌّ فيمَن يُولّى ولاية القضاء، وبخاصَّة إذا وُجدَ مَنْ هو عَدْلٌ، أمّا إذا عُدمَ غَيْرُهُ؛ فإنّه يجوز قضاؤه ويصحّ[(٣)].

وأمّا الاستدلال بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمَۢا بِجَهَـٰلَةٍ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَـٰدِمِينَ﴾[(٤)]، على اشتراط العدالة في الشّهادة والقضاء[(٥)]، فقد يعترض عليه بأنّه ليس في الآية ما يدلّ على ذلك، بل مفادها عدم اشتراط انتفاء الفسق؛ لأنّه سبحانه وتعالى إنّما أمر بالتّبيّن والتّثبّت من خبر الفاسق من حيث صدقه وعدم صدقه، ومن حيث تأثير فسقه، وأنّه لا يؤخذ مُجرّداً؛ فإنّ في ذلك خطراً كبيراً، وليس التّبيّن والتّثبّت مِمّن هو فاسقٌ من غير فاسقٍ[(٦)].

---

(١) انظر: المراجع السّابقة.

(٢) انظر: الهداية٣/١٠١، وعقد الجواهر٣/١٠٠٢،وحدود ابن عرفة٢/٥٧٥، و٥٧٧،والمهذّب٣/٥٩٣، وتكملة المجموع ٢٢/٢٢٣، والمغني ١٤/١٣-١٤، والمقنع والشّرح الكبير ٢٨/٢٩٨، و٣٠١.

(٣) وقد كان الحجاج بن يوسف الثّقفيّ إماماً، وقد قيل: إنّه جائرٌ فاسقٌ؛ فإذا جاز أن يكون إماماً أعظم، فولاية القضاء أولَى. والله سبحانه وتعالى أعلم. انظر: الهداية ٣/١٠٢، والطّرق الحكمية ص ١٨٤.

(٤) سورة الحجرات، الآية: ٦.

(٥) انظر: المغني ١٤/١٤، والطّرق الحكمية ص ١٨٤.

(٦) انظر: تفسير السّعدي ص ٨٠٠.

بل في الآية ما يفيد نفوذ قوله شهادةً وقضاء، وهو قوله -تعالى-: ﴿أَن تُصِيبُواْ قَوْمًا بِجَهَٰلَةٍ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ﴾، أي: لئلاّ تصيبوا قوماً بجهالة، يعني: بسبب الجهالة النّاتجة عن إعمال قول الفاسق، فيحصل النّدم؛ لأنّ الحكم ماضٍ ونافذٌ[1].

وممّا يدلّ على صحّة ما تقرّر؛ قوله ﷺ: «إِنَّهُ سَتَكُونُ عَلَيكُم أُمَرَاءُ يُؤَخِّرُونَ الصّلاةَ عن مِيقَاتِها...»[2]، أي: يؤخّروها عن وقتها المختار، ويؤخّرون أداءها، وظاهر الحديث أنّ ذلك على وجه كثرة[3]، وهذا نوعٌ من فسقٍ مع صحّة الإمامة الكبرى فولاية القضاء من باب أَولَى وأحرى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بأدلّة مشروعية التّحكيم السّابقة.

من تطبيقات القاعدة:

١-كلّ مسلمٍ بالغٍ عاقلٍ عالمٍ، صحيح النّظر، فحكمه جائزٌ، وقضاؤه نافذٌ، إذا استجمع شروط تولية القضاء؛ لأنّ مَنْ كان بهذه الصّفة يتأتّى منه الفصل بين النّاس، إلاّ ما دلّ دليلٌ لا مدفع فيه، أو دلّ إجماعٌ على تخصيصه.

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٦/٢٦٤-٢٦٥، وتفسير السّعدي ص ٨٠٠.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١/٣٧٩، كتاب المساجد ومواضع الصّلاة، باب النّدب إلى وضع الأيدي على الرّكب في الرّكوع، ونسخ التّطبيق، برقم: (٥٣٤).

(٣) انظر: شرح مسلم للنّووي ٥/١٩-٢٠، والمغني ١٤/١٤.



الفصل الثّانِي:القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالمِلك والميراث.

وفيه خمسة مباحث:

٦٩- **المبحث الأوّل**: قاعدة: الأصل هـو اختصـاص المـلاّك بأملاكهم إلا أن يقوم الدّليل على خلاف ذلك.

٧٠-**المبحث الثّاني**: قاعدة: الأصل أحقّ بشيءٍ من المشارك له في الأصل/ السّبب أملك للشّيء من لاحقه.

٧١-**المبحث الثّالث**: كلّ مَن يحوز المال يثبت النّسب بإقراره.

٧٢-**المبحث الرّابع**: ضابط: لا يرث القاتلُ المقتولَ.

٧٣- **المبحث الخامس**: ضابط: مَنْ لا يَرِثُ لا يَحْجُبُ.



المبحث الأوّل: القاعدة التّاسعة والسّتون [٦٩]

[الأصل هو اختصاص المُلاَّك بأملاكهم إلاّ أن يقوم الدّليل على خلاف ذلك]

ذكرها ابن رشد في مسألة اختلاف العلماء في الولاية، أهي شرطٌ من شروط صحّة النّكاح أم ليست بشرطٍ؟[1] دليلاً؛ حيث قال: «وأمّا ما احتجّ به الفريق الآخر –أي: القائلين بعدم اشتراط الولاية– من قوله –تعالى-: ﴿ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ مِن مَّعْرُوفٍ ﴾[2]؛ فإنّ المفهوم منه النّهيُ عن التّثريب عليهن فيما استَبْدَدْنَ بفعله دون أوليائهنّ، وليس هاهنا شيءٌ يمكن أن تستبدَّ به المرأة دون الولِيّ إلاّ عقد النّكاح؛ فظاهر هذه الآية والله أعلم أنّ لَها أن تعقد النّكاح وللأولياء الفسخ إذا لَمْ يكن بالمعروف، وهو الظّاهر من الشّرع إلاّ أنّ هذا لم يقل به أحدٌ، وأن يحتجّ ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتجّ

---

(١) مذهب المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية أنّ الولاية شرطٌ من شروط صحّة النّكاح مطلقاً.

انظر: رسالة القيرواني ص ١٩٦، والقوانين الفقهية ص ١٣٣، وشرح ابن ناج على الرّسالة ٢/٢٧، ومختصر المزني ص ٢٢٨، والمهذّب ٢/٦٨٣، ومختصر الخرقي مع المغني ٩/٣٤٤-٣٤٦، والعدّة ٢/٥، والمحلّى ٩/٢٥ فما بعدها.

وذهب الحنفية إلى أنّه ليست بشرطٍ فيما إذا عقدت المرأة نكاح نفسها بغير وليٍّ وكان كفءٍ. انظر: مختصر القدوري ص١٤٦، وبدائع الصّنائع٢/٤٨٨، و٤٩٧-٥٠٤-٥٢٧، والهداية ١/١٩٦، وبداية المجتهد٣/٢٠-٢٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٤٠.

ببعضها فيه ضعفٌ.

وأمّا إضافة النّكاح إليهنّ[(١)] فليس فيه دليلٌ على اختصاصهنّ بالعقد، لكن **الأصل هو الاختصاص إلاّ أن يقوم الدّليلُ على خلاف ذلك**»[(٢)].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب الفقهاء منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «فصلٌ: وأمَّا الذي يرجع إلى الْمُؤَدَّى إليه فأنواعٌ؛ منها: أن يكون فقيراً، فلا يجوز صرف الزّكاة إلى الغنيّ إلاّ أن يكون عاملاً عليها؛ لقوله -تعالى-: ﴿**إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ**﴾[(٣)]؛ جعل الله تعالى الصّدقات للأصناف المذكورين بحرف اللام، وأنّه للاختصاص؛ فيقتضي اختصاصهم باستحقاقها، فلو جاز صرفها إلى غيرهم لبطل الاختصاص، وهذا لا يجوز»[(٤)].

وفيه: «الاختصاص بالسّبب يوجب الاختصاص بالحكم»[(٥)].

وجاء في الذّخيرة: «...فَتَصَرُّفُ الْمُلاَّكِ في أملاكهم، وذوي الحقوق في حقوقهم من غير مانعٍ ولا معترضٍ، ولا دافعٍ بوجهٍ ولا بسببٍ...»[(٦)].

---

(١) يشير إلى مثل قوله تعالى: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ**﴾، [سورة البقرة، الآية: ٢٣٤].

(٢) بداية المجتهد ٢٤/٣.

(٣) سورة التّوبة، الآية: ٦٠.

(٤) بدائع الصّنائع للكاساني ١٤٩/٢-١٥٠.

(٥) بدائع الصّنائع ٤٤٣/٣، وانظر: المحلّى ١٠٨/٧.

(٦) الذّخيرة للقرافي ٣٥٣/١٠، و٤٠٠.

ما جاء في الغياثي: ((الأملاك مُحْتَرَمَةٌ كحرمة مُلاَّكِهِم...، فأمّا القول في المعاملات؛ فالأصل المقطوع به فيها اتّباع تراضي الْمُلاَّك...؛ فالقاعدة الْمعتبرة: أنّ الْمُلاَّكَ مُخْتَصُّون بأملاكهم، لا يُزَاحِم أحدٌ مالكاً في مِلْكِه من غير حقٍّ مستحقٍّ))[١].

شرح مفردات القاعدة:

الاختصاص: لغة: من خَصّ يَخُصّ، وهو التّفرّد بشيء.

والاسم: التّخصيص والاختصاص والخُصوصيّة والتّخصّص. وهو: تَفَرُّد بعض الشّيء بما لا يُشَارِكه فيه الْجملة[٢]، والاختصاص هو الْمِلْكُ شرعاً[٣].

وفي عرف الفقهاء هو: انفراد الشّخص بالشّيء دون غيره من النّاس، ومنه: الاختصاص المكاني للقاضي[٤].

الْمُلاَّك: جمع مالِك، مثل: كافِر وكُفَّار، ومالكٌ اسم فاعلٍ من مَلَكَ، وهو القادر على حبس شيءٍ[٥].

الأمْلاك: جمع مِلْك، والْمِلْكُ هو: اتّصال شرعيٌّ بين الإنسان و شيءٍ يكون مطلقاً لتصرّفه فيه، وحاجزاً عن تصرّف غيره فيه، ومَحلّه الأموال والحقوق[٦].

---

(١) الغياثي لإمام الحرمين ص ٢٢٦، وانظر:الوجيز في إيضاح القواعد تأليف: د/محمّد البورنو ص ٧١.

(٢) انظر: المفردات ص ١٥٥، ومختار الصّحاح ص ١٧٧، والمصباح المنير ص ٦٥، والتّعريفات ص ٩٨.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٦/١٥٥.

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢٨.

(٥) انظر: المفردات ص ٤٧٥، ومختار الصّحاح ص ٦٣٣، والمصباح المنير ص ٢٢١.

(٦) انظر: المراجع السّابقة، وبدائع الصّنائع ٦/١٠٨، والتّعريفات ص ٢٢٨-٢٢٩، والمنثور =

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ جليلةٌ شريفةٌ تُبيِّن أنّ الأملاك مُحْتَرَمَةٌ كَحُرمة مُلاَّكِها، وأنّ الأصل المقطوع والمعمول به في باب المعاملات هو اتّباع تراضي الْمُلاَّك بأملاكهم، وذوي الحقوق بحقوقهم، والشّاهد من نصّ القرآن على ذلك قوله -تعالى-: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1].

كما تفيد أنّ الْمُلاَّكَ مُختَصُّون بأَمْلاَكهم يتصرّفون فيها من غير مانعٍ ولا معترضٍ، لا يزاحمهم أحدٌ في مِلْكِهم، ويحرم التّسالب والتّغالب ومدّ الأيدي إلى أموال النّاس من غير استحقاق؛ فلا تؤخذ منهم إلاّ برضاهم أو بحقٍّ ثابت شرعاً؛ لعموم الآية السّابقة، ولقوله ﷺ : «...عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُم وَأَمْوَالَهُم إلاّ بِحَقّها وحسابهم على الله»[2]؛ أي: منعوا العداءَ على أنفسهم وأعراضهم وأموالهم، ولأنّهم اختصّوا بالسّبب، والاختصاص بالسّبب يوجب الاختصاص بالحكم، وتصرّف الإنسان لا يصحّ في غير مِلْك ولا ولاية؛ فإذا تراضوا على التّبادل بعقد صحيحٍ لزمت الأحكام الْمُتَرَتِّبَةُ عليه؛ فَمَن اختصّ بعقد النّكاح يختصّ بحقّ الحبس الثّابت بالنّكاح، وتلزمه النّفقة، وتختصّ المرأة

=

٢/٣١٠-٣١١، وأشباه السّيوطي ص ٥١٨، و٥٣٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٢٨.

(١) سورة النّساء، الآية: ٢٩.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٩٥/١، كتاب الإيمان، باب: ﴿فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمْ﴾، [سورة التّوبة، الآية: ٥] برقم: (٢٥)، ومسلم في صحيحه ٥٣/١، كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال النّاس حتّى...، برقم: (٢٢)، واللّفظ له.

بالصّداق؛ لأنّه حقّها بدليل أنّها تملك التّصرّف فيه استيفاء وإسقاطاً، ومَن ثبت له الاختصاص بملْك يثبت له أمران:

أوّلهما: حقّ تصرّف المُلاّك بأملاكهم استيفاء وإسقاطاً بالبيع أو المساومة أو العتق ونحوه، أو الإرث أو الرّهن، أو تعمير الأرض أو غرسها أو زرعها؛ لأنّ شرعية أصل هذه العقود ثبت معقول المعنَى، وهو أنّه سببٌ لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة.

والأمر الثّاني: وجوب مؤونته عليه؛ لذلك يختصّ الزّوج بنفقة زوجته، والسّيّد بنفقة مملوكه(١).

ويحصل التّملّك بأسباب منها: المعاوضات والميراث والهبات والوصايا والوقف والغنيمة والإحياء والصّدقات(٢).

من أدلّة القاعدة:

يدلّ على صحّة القاعدة أدلّةٌ من الكتاب والسّنّة والإجماع منها:

١-قوله -تعالى-﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾(٣).

---

(١) انظر: أحكام الجصاص ٣٥١/٢-٣٥٢، وبدائع الصّنائع ٥٦٢/٢، و٤٤٣/٣-٤٤٤، و٤٥٣، و٥٣٣/٤، و٥٣٦-٥٤٠، و٥٧٨، و٥٨٣، و٤٠٠/٥، و٤١٣-٤١٥، و٢١٦/٦، و٣٦٠-٣٦٢، والتّلقين ص ٤٣٣، والتّمهيد ٥٤/١١-٥٥، وأحكام ابن العربي١٣٧/١،وعارضة الأحوذي٣٧/٥، وجامع الأمّهات ص ٤٤٤-٤٤٦، والذّخيرة ٩٧/١٠، و١٦٣، و٣٩٤، و٤٠٠، والغياثي ص ٢٢٦-٢٢٧، والمجموع١١٨/٩،وقواعد الأحكام٨٦/٢، وفتح الباري٩٧/١، والوجيز ص٧١.

(٢) انظر: المنثور ٣١٣/٢، وأشباه السّيوطي ص ٥١٩-٥٢٠ فما بعدها، والمراجع السّابقة.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٨٨.

- وجه الاستدلال منه؛ حيث إنّ معنَى الآية: لا يأكل بعضُكم الأموال الخاصّة للبعض الآخر، فهذه الآية من قواعد المعاملات، وأساس المعاوضات تُبْنَى عليها، وقد أضافت الأموال إلى أصحابها والإضافة دليل الاختصاص، كما نَصّت الآية على حرمة الأموال والحقوق لا يتصرّف فيها بغير طيب نفس ذويها؛ فدلّت على اختصاصهم بملْكها[1].

٢- وقوله -تعالى-: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾[2].

- وجه الاستدلال منه؛ حيث إنّ الآية في دلالتها كسابقتها؛ وزادت بيان وجهٍ من أوجه استحلال الأموال والحقوق وهو التّجارة بالبيع والشّراء عن تراضٍ بين الطّرفين[3].

٣- قوله -تعالى-: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾[4].

وجه الاستدلال منه:

- أنّ الله -تعالى- أمر بإيتاء النّساء صدقاتهنّ، وأضافها إليهنّ والإضافة دليل الاختصاص؛ لذا قال تعالى: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا ﴾[5]؛ فدلّ على أنّ الصّداق مِلْكٌ للمرأة تَتصرّف فيه

---

(١) انظر: أحكام ابن العربي ١/١٣٧، وتفسير القرطبي ٢/٣٣٦، وتفسير السّعديّ ص ٨٨، والمغني ٤/٢٩٩، و١٣/٥٥٥.

(٢) سورة النّساء، الآية: ٢٩.

(٣) انظر: أحكام ابن العربي ١/١٣٧، و٥٢١-٥٢٣، وتفسير القرطبي٥/١٤٤، وتفسير السّعديّ ص ١٧٥، وعارضة الأحوذي٥/٣٧.

(٤) سورة النّساء، الآية: ٤.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

تصرُّفَ الْمُلاَّك بأملاكهم، لذلك جاز لها أن تَهبه كاملاً أو جزءاً منه لزوجها بكراً كانت أو ثَيِّباً لعموم الآية[١]، كما أنّه جاز لها أن تأبَى فتبقى على حقّها فيه.

- وأيضاً أثبت لَهُنَّ حقّ التّصرُّف وهو طيبة النّفس عن الصّداق بهديه أو حطّه كاملاً أو جزءاً منه، وجواز التّصرّف دليل الاختصاص بالْمِلْك.
- وأيضاً فإنّ إباحة الأكل الذي هو عبارة عن إباحة التّصرّف في الصّداق لِمَن وُهِب له يدلّ على الإحلال والاستحلال، ويفهم منه التّحريم والمنع قبل طيب نفسها[٢].

٤- وقوله ﷺ: «...عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُم وَأَمْوَالَهُم إلاّ بِحَقِّها وحسابهم على الله»[٣].

- وجه الاستدلال؛ حيث دلّ الحديث على حرمة الأنفس والأموال، الخاصّة للغير، وأنّه لا يعتدي أحدٌ على أموالٍ خاصّةٍ للآخر، إلاّ بالحقّ وهو الذي يثبت بالدّليل[٤].

٥- وقوله ﷺ: «فإنّ دِمَاءَكُم وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عليكم»[٥].

---

(١) وقولٌ للمالكية أنّ بكراً لا تدخل تحت العموم؛ لأنّها لا تملك مالَها، كما لم تدخل فيه الصّغيرة عندهم والمجنونة والأمة.
انظر: أحكام ابن العربي ١/٤١٥، وتفسير القرطبي ٥/٢٥-٢٧، وتفسير السّعدِيّ ص ١٦٤، والمغني ٤/٢٩٩.

(٢) انظر: أحكام ابن العربي ١/٢٦٣، و٤١٣-٤١٥، وتفسير القرطبي ٥/٢٦-٢٩، وتفسير السّعديّ ص ١٦٤.

(٣) تقدّم تخريجه قَريباً في هذه القاعدة عند فقرة المعنَى الإجمالِي.

(٤) انظر: شرح مسلم ٢/١٥٦، وفتح الباري ١/٩٧.

(٥) تقدّم تخريجه في القاعدة [١]، من أدلّة حرمة النّفس والمال جميعاً، واللّفظ هنا لِمسلم.

- وجه الاستدلال منه: دلّ على حرمة الأموال والحقوق واختصاص ذويها بمِلْكها؛ حيث أضافها إليهم والإضافة دليل الاختصاص، فالمراد به توكيد غلظ تَحريم أخذ الأموال وسفك الدّماء وثلب الأغراض والتّحذير منه[١].

٦-إجماع أهل العلم على معنَى القاعدة[٢].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

لم يختلف الفقهاء في الجملة في معنَى هذه القاعدة، وهو اختصاص الْمُلاَّك بأملاكهم، وأنّ حرمة الأموال والحقوق كحرمة النّفس، وأنّه يحرم التّسالب والتّغالب على أموال الغير، ولا يجوز التّصرّف في مال الغير إلاّ بطيب نفس منه[٣]. والله -تعالى- أعلم.

من تطبيقات القاعدة:

١-ثبوت اختصاص مِلْك الأموال والحقوق لذويها يتصرّفون فيها تصرّف الْمُلاَّك في أملاكهم، ولا يجوز أخذ شيءٍ منها إلاّ بطيب نفسٍ منهم، ويحرم التّسالب والتّغالب عليهم فيها، ومَن أخذ مال غيره لا على وجه إذن الشّرع فقد أكله بالباطل، وقد اتّفق[٤] أهل السّنة على أنّ

---

(١) انظر: شرح مسلم ١١/١٧١، وفتح الباري ١/١٩٠-١٩١، والمغني ٤/٢٩٩.

(٢) انظر: التّمهيد ١١/٥٤، وتفسير القرطبي ٢/٣٣٨، وتفسير السّعديّ ص ٨٨، و١٦٤، و١٧٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٥٩١، وأحكام ابن العربي ١/١٣٧، و٤١٢-٤١٥، و٥٢١، وتفسير القرطبي ٢/٣٣٦-٣٣٨، و٥/٢٦-٢٩، و١٤٣-١٥٠، وتفسير السّعديّ ص ٨٨، و١٦٤، و١٧٥، والغياثي ص ٢٢٦.

(٤) حكَى الاتّفاق الإمام القرطبي في تفسيره ٢/٣٣٨.

مَنْ أخذ ما وقع عليه اسم مالٍ قلَّ أو كَثُرَ أنّه يُفَسَّق بذلك، وأنّه مُحَرَّم عليه أخذه؛ لعموم قوله ﷺ : «...فإنّ دِمَاءَكُم وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عليكم...»[1].

٢-أنّ المالكَ الصّحيحَ الْمِلْكِ جائزٌ له أن يتصرّف في مِلْكه تصرّف الْمُلاَّك في أَمْلاَكِهم؛ بناء على هذا قيل بجواز الغَبْن في التّجارة؛ مثل أن يبيع رجلٌ سلعته بريالٍ وهي تساوي مائة، وذلك إذا عرف قدر ذلك[2].

٣-ثبوت اختصاص الزّوج بحقّ حبس زوجته الثّابت بالنّكاح؛ لا يشاركه فيه أحدٌ؛ فلا يشاركه في نفقة زوجته أحدٌ؛ لأنّه قد اختصّ بالسّبب فيختصّ بالحكم[3].

٤-ثبوت اختصاص المرأة بالصّداق تتصرّف فيه تصرُّفَ الْمُلاَّك فيه أملاكهم، ولا يحلّ شيءٌ منه للزّوج ولا لغيره إلاّ بطيب نفسٍ منها[4].

٥-أنّ الخراج بالضّمان[5]؛ فثبوت مِلْك المملوك للسّيِّد يوجب الاختصاص به انتفاعاً وتصرّفاً؛ فإذا كانت منفعته للمالك كانت مؤونته أي: نفقته عليه؛ إذ الغلّة بالضّمان[6]، وبناء على هذا لا يجب

---

(١) تقدّم تخريجه في القاعدة [١]، من أدلّة حرمة النّفس والمال جميعاً، واللّفظ هنا لِمسلم.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥٩١/٢، وتفسير القرطبي ١٤٦/٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤٤٤/٣.

(٤) انظر: أحكام ابن العربي ٤١٣/١-٤١٥، وتفسير القرطبي ٢٦/٥-٢٩، وأشباه السّيوطي ص ٥٢٩.

(٥) من حديث النّبيّ ﷺ ،تقدّم تخريجه في القاعدة[٤٩]التّطبيق(٦).

(٦) أخرجه الحاكم في المستدرك ١٨/٢، برقم: (٢١٧٧)، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرِّجاه».

على العبد نفقة ولده لعدم اختصاص بالمال؛ لأنّ أمّه إن كانت حرّةً فهو حرٌّ، وإن كانت مَملوكةً فهو مِلْكُ مولاها؛ فكانت نفقته على المولى؛ لأنّ الاختصاص له(١).

٦-ثبوت اختصاص الذّمّي بتجارة الخمر والْخنْزير دون المسلم؛ لذلك لا تجوز المفاوضة بين المسلم والذّمّي؛ لعدم استوائهما في التّجارة بها(٢).

٧-ثبوت اختصاص المرتَهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه، بناء على هذا إذا بيع الرّهن في حال حياة الرّاهن وعليه ديونٌ أُخَر؛ فالمرتهن أحقّ بثمنه من بين سائر الغرماء؛ لأنّه بعقد الرّهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثّمن، ثم إن كان فيه فضلٌ ردَّهُ على الرّاهن، وإن كان أنقص من الدَّين يرجع المرتهن بفضل الدَّين على الرّاهن(٣).

٨-وكذلك إذا بيع الرّهن بعد وفاة الرّاهن وعليه دُيونٌ ولم يخلف مالاً آخر سوى الرّهن كان المرتهن أحقّ بثمنه من بين سائر الغرماء لما تقدّم؛ فإنْ فضل منه شيءٌ ضُمَّ إلى مال الرّاهن ويقسم بين الغرماء بالحصص؛ لأنّ قدر الفضل لم يتعلّق به حقّ المرتهن، وإنْ نقص عن الدَّين يرجع المرتهن بما بقي من دَينه في مال الرّاهن، وكان بينه وبين الغرماء بالحصص؛ لأنّ قدر الفضل من الدَّين دَينٌ لا رهن به فيستوي فيه الغرماء(٤).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣/٤٥٣.
(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٨١، وتفسير القرطبي ٥/١٤٥.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٢٢٢.
(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٢٢٢.

٩-أنّ الاختصاص بالموضع مِلْكاً أو يداً بالتّصرّف لأهل الموضع وإليهم ترجع منفعته؛ فكان حفظ الموضع والنّصرة للسّكان عليهم؛ لأنّ الخراج بالضّمان، والغنم بالغرم، والغرامة تتبع فعل المكلّف، ولعموم قوله -تعالى-: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾[1]، وبناء على هذا إذا وُجِدَ القتيل في موضعٍ اختصّ به واحدٌ أو جماعةٌ إمّا بِملك أو بيد، وهو ويملك التّصرّف فيه؛ فإنّهم مُتَّهَمُون أنّهم قتلوه؛ فالشّرع ألزمهم القسامة دفعاً للتّهمة والدّية لوجود القتيل بين أظهرهم فيما اختّصوا بمِلْك ولاية تدبيره؛ لأنّ الضّمان إنّما يجب بترك الحفظ ممَّنْ له ولاية الحفظ[2].

١٠-يعمل بالاختصاص فيما إذا تنازع الشّريكان ولا بيّنة لواحد منهما؛ كالخيّاط والنّجار في آلات صناعتهما؛ فيُحْكَم بكلّ آلة لِمَن تَصلح له عند الجمهور[3].

١١-كذلك إذا تنازع الزّوجان في متاع البيت ولا بيّنة؛ حُكِمَ للرّجل بما يصلح له وللمرأة بما يصلح لها؛ عملاً بالقرائن الظّاهرة، والظّنّ الغالب الملتحق بالقطع في اختصاص كلّ واحد منها بما يصلح له[4].

١٢-في هذه القاعدة بالإضافة إلى أدلّتها السّابق الذّكر ما يَرُدُّ قول مَنْ يُنْكِر طلب الأقوات بالتّصرّفات؛كالتّجارات والصّناعات من بعض الجهلة؛ لأنّ القاعدة أثبتت اختصاص الْمُلاَّك بأملاكهم، ولن تحصل الأملاك إلاّ بطلب الأقوات[5].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٣٦٠-٣٦٢، والهداية ٤/٢١٨-٢٢١.

(٣) انظر: الطّرق الحكمية ص ١٢٠.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) انظر: تفسير القرطبي ٥/١٥٠.

المبحث الثّاني: القاعدة السّبعون [٧٠]

[الأصلُ أحَقُّ بِشَيءٍ مِنَ المُشَارِكِ له في الأصل]

[أصل أصلٍ أولى من فرعٍ لأصله]

[السَّبَبُ أملَكُ للشَّيءِ من لاحقه]

ذكر ها ابن رشد في باب ميراث الجدّ[1]، في مسألة: هل الجدّ مثل الأب بحيث يقوم مقامه في حجب[2] الإخوة الأشقَّاء أو حجب الإخوة للأب؟ دليلاً رَجَّحَ به القول القاضي بأنّ الجدّ مثل الأب، يقوم مقامه في الحجب؛ حيث قال: «وأجمع[3] العلماء على أنّ الأب يحجب الجدّ، وأنّه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين، وأنّه عاصبٌ مع ذوي الفرائض.

واختلفوا أَيَقوم مقام الأب في حجب الإخوة الأشقَّاء، أو حجب

---

(١) الجدّ أبو الأب أو أبو الأم، وجمعه: أجداد، أو جُدود، والمراد به هنا، هو الجدّ الصّحيح، وهو الذي لم يدخل في نسبته إلى الميّت أُنْثَى، وهو أبُ الأبِ وإن علا، وهو حقيقةٌ في الجدّ الأدنَى، ومجازٌ في غيره.
انظر: جامع الأمّهات ص ٥٤٩، وفتح الباري ١٢/٢٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٣٩، والخلاصة في علم الفرائض ص ٧٢.

(٢) الحجب لغةً: المنع، وفي اصطلاح علماء الفرائض: منعُ شخصٍ مُعَيّنٍ من الميراث منعاً كُلّيّاً، ويُسَمَّى: (حَجبُ حرمان)، أو جُزْئيّاً، ويُسَمَّى: (حَجبَ نُقصان).
انظر: المصباح المنير ص ٤٧، والمقدّمات ٣/١٤٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٥٣.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢٤٥، والمعونة ٣/١٦٧٩-١٦٨١، والتّمهيد ١٠/٤١٣، والاستذكار ٤/٣٤٣، و٣٤٤، والمهذّب ٢/٦٧٣، والمغني ٩/٦٥، والمحلّى ٨/٢٦٣، وفتح الباري ١٢/٢١.

الإخوة للأب؟[١]...

(١) اختلف فقهاء الأمصار منذ عصر الصّحابة في هذه المسألة على مذهبين:
المذهب الأوّل: أنّ الجدّ عند عدم الأب مثل الأب سواء، يرث مثل إرثه، ويحجب مثل حجبه؛ فيحجب الإخوة الأشقاء أو للأب، وهو قول أبي بكر الصِّدِّيق، وأبي الدّرداء، ومعاذ بن جبل، وأبي موسى الأشعري، وعائشة، وأبي هريرة، وعبد الله بن الزّبير رضي الله عنهم أجمعين، وبه قال شريح، والحسن، وعبد الله بن عقبة وجابر بن زيد، ومذهب الحنفية والظّاهرية، وقولٌ لبعض المالكية والمزني وغيره من الشّافعية وروايةٌ عند الحنابلة، وعثمان البتي، وظاهر قول الإمام البخاري، وابن الإمامين: ابن رشد وابن قدامة.
من عمدة هذا المذهب:
١- اتّفاقهما في المعنَى، أي: من قبل أنّ كلّيهما أبٌ للميّت.
٢- قول عبد الله بن عبّاس رضي الله عنهما: «أمّا يتّقي الله زيد بن ثابت، يجعل ابن الابن ابناً، ولا يجعل أب الأب أباً؟!». انظر: التّمهيد ٤١٣/١٠، والمغني ٦٨/٩، وفتح الباري ٢١/١٢.
٣- الإجماع السّكوتي، قال الإمام البخاري في صحيحه ١٩/١٢: «وقال أبو بكر وابن عبّاس وابن الزّبير: الجدّ أبٌ...، ولَم يذكر أنّ أحداً خالفَ أبا بكرٍ في زمانه، وأصحاب النّبيّ ﷺ مُتوافرون»، قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٢١/١٢: «كأنّه يريد بذلك تقوية حجّة القول المذكور؛ فإنّ الإجماع السّكوتي حجّةٌ، وهو حاصلٌ في هذا».
٤- اتّفاقهما في كثيرٍ من الأحكام الشّرعية التي أجمع العلماء فيها على اتّفاقهما فيها، منها: أنّ شهادتَه لحفيده كشهادة الأب، وأنّ الجد يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن، وأنّه لا يقتصّ له من جدّ كما لا يقتص له من أب.
انظر: صحيح البخاري ٢١/٧، ومختصر القدوري ص ٢٤٥، والمعونة ١٦٧٨/٣-١٦٨٤، والتّمهيد ٤١٣/١٠، والاستذكار ٣٤١/٤-٣٤٥، والمقدّمات ١٤٥/٣، وبداية المجتهد ١٩٧/٤، والمنتقى ٢٣١/٨، ومختصر المزني ص ١٩٨، والمهذّب ٦٧٣/٢، وروضة الطّالبين ٢٣/٦، والمغني ٧/٩، و٦٥-٦٩، وشرح منتهى الإرادات ٥٣٦/٤، والمحلّى ٣٠٥/٨، و٣١٢-٣١٥، و٣١٧، وفتح الباري ٢٠/١٢-٢١، والخلاصة في علم الفرائض ص ٧٢-٧٥.
=

فسبب الخلاف: تعارض القياس في هذا الباب؛ فإن قيل: فأيّ القياسين أرجح بحسب النّظر الشّرعيّ؟

قلنا: قياس مَن سَاوَى بين الأب والجد؛ فإنّ الجدّ أبٌ في المرتبة الثّانية أو الثّالثة، كما أنّ ابن الابن ابنٌ في المرتبة الثّانية أو الثّالثة، وإذا لم يحجب الابنُ الجدَّ، وهو يحجب الإخوةَ؛ فالجدُّ يجب أن يحجب مَنْ يحجب الابنُ، والأخ ليس بأصلٍ للميّت، ولا فرعٍ، وإنّما هو مشاركٌ له في الأصل، **والأصلُ أَحَقُّ بالشّيءِ من المشارك له في الأصل**، والجدّ ليس هو أصلاً للميّت من قبل الأب، بل هو أصلُ أصله، والأخ يرث من قِبَلِ أنّه فرعٌ لأصل الميّت؛ فالذي هو **أصلٌ لأصله أَوْلَى من الذي هو فرعٌ**

=

والمذهب الثّاني: أنّ الجدّ ليس مثل الأب، فلا يحجب مثل حجبه، وأنّه لا يحجب الإخوة الأشقّاء ولا للأب، فلا يسقطون به. وهو مذهب جمهور فقهاء الأمصار، منهم: الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة.

ومن حجّة هؤلاء:

١- أنّ الأخ أقرب إلى الميت من الجد؛ لأنّ الجد أبو أبي الميّت، والأخ ابن أبي الميّت، والابن أقرب من الأب.

٢- ما أجمع عليه أنّ ابن الأخ يُقَدَّم على العمّ، وهو يدلي بالأب، والعمّ يدلي بالجد.

٣- قالوا: الجدّ أصلٌ، ولكن الأخ في الميراث أقوى سبباً منه؛ لأنّه يدلي بولاية الأب؛ فالولادة أقوى الأسباب في الميراث.

والجواب عن هذه تعليلات تقدّم ضمن كلام ابن رشد السّابق.

انظر: المراجع السّابقة، وفتح الباري ١٢/٢٤.

وأرجح المذهبين في نظري هو المذهب القائل إنّ الجدّ عند عدم الأب كالأب سواء؛ لقوّة تعليلاتهم وتوجيهاتهم، التي منها هذه القاعدة، وهي قاعدةٌ مُسلّمةٌ.

وهذا القول هو اختيار الإمام ابن رشد وابن قدامة رحمهما الله تعالى. انظر: المغني ٩/٦٧.

لأصله، ولذلك لا معنىَ لقول مَنْ قال: إنّ الأخ يدلي بالبنوّة، والجدّ يدلي بالأبوّة، فإنّ الأخ ليس ابناً للميّت، وإنّما هو ابن أبيه، والجد أبو الميّت، والبنوّة إنّما هي أقوى في الميراث من الأبوّة في الشّخص الواحد بعينِه، أعنِي: الموروث.

وأمّا البنوّة التِي تكون لأب موروث؛ فليس يلزم أن تكون في حقّ الموروث أقوى من الأبوّة التِي تكون لأب الموروث؛ لأنّ الأبوّة التِي لأب الموروث؛ هي أبوّة مّا للموروث، أعنِي: بعيدةٌ، وليس البنوّة التِي لأب الموروث بنوّةٌ مّا للموروث لا قريبة ولا بعيدة؛ فَمَن قال: الأخ أحقّ مِنَ الجدّ؛ لأنّ الأخ يدلي بالشّيء الذي من قبله كان الميراث بالبنوّة، وهو الأب، والجدّ يدلي بالأبوّة هو قولٌ غالطٌ مُخيلٌ؛ لأنّ الجدّ أبٌ مّا، وليس الأخ ابناً مّا.

وبالجملة؛ الأخ لاَحقٌ مِنْ لواحق الميّت، وكأنّه أمرٌ عارضٌ والجدّ سببٌ من أسبابه؛ **والسَّبَبُ أَمْلَكُ للشَّيءِ مِن لاَحقه**»[١].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «السّبب المفضي إلى الشّيء يقوم مقامه خصوصاً في موضع الاحتياط»[٢].

ما جاء في عقد الجواهر: «ربط الأحكام بالأسباب الظّاهرة في

---

(١) بداية المجتهد ٤/١٩٧-١٩٨.

(٢) بدائع الصّنائع للكاسانِي ٤/٥٣٦.

مظان الْتبَاس المعانِي المقصودة، هو دأبُ الشّرع»[١].

ما جاء في شرح تنقيح الفصول: «الأخصّ بالشّيء مقدَّمٌ على الأعمّ»[٢].

ما جاء في المغنِي: «السّبب أَخَصُّ بِحُكمه من غيره»[٣].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

مفاد هذه القاعدة أنّ الأصل إذا اجتمع في شيءٍ مع مشاركٍ له في الأصل؛ فإنّ الأصل أحقّ بذلك الشّيء،وأنّ السّبب أملك للشّيء من لاحقه؛ فيقدّم السّبب على اللاحق لقوّته.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

معنَى هذه القاعدة مجمع عليه في الجملة، وهي من القواعد البدهيّة التي لا ينبغي أن يُختَلف فيها؛ لأنّ السّبب في عرف الفقهاء هو: الذي يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته[٤]، ولأنّ الله تعالى شرع الأسباب ليترتّب عليها مُسبّباها[٥]؛ وإن كان الخلاف يتصوّر في تطبيقاها كغير من القواعد[٦].

من قواعد ذات العلاقة:

قاعدة: (**البائع أحقّ بِما في يديه في الموت والفلس، وأحقّ بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت، وهو أسوة الغرماء في**

---

(١) عقد الجواهر لابن شاس ٢/٥٧١.

(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٠٦.

(٣) المغنِي لموفّق الدّين ابن قدامة ٤/٢٩٩.

(٤) انظر: الفروق ١/٦١، و٤/٢٧.

(٥) انظر: الفروق ١/٧٨، والقواعد النّورانية ص ٢٧٨، وإعلام الموقّعين ص ٢٦٥.

(٦) انظر: مسائل السّبب في الفروق ١/٦١-٨٥، و٢/٧٢، والمراجع السّابقة.

سلعته إذا فاتت)[١].

ذكرها الإمام ابن رشد في كتاب التّفليس، ضابطاً لتحصيل مذهب الإمام مالك فيما يكون الغريم فيه أحقّ من سائر الغرماء في الموت والفلس، أو في الفلس دون الموت.

ووجه الفرق؛ أنّ كلتا الذّمّتين وإن كانتا قد خربتا، إلاّ أنّه لا يشبه الفَلَسُ في هذا المعنَى الموت كلّ الشّبه؛ ذلك أنّ ذمة المُفْلِسِ يُرجَى المال لها ومُمْكِنٌ أن تُري حاله فيتبعه غرماؤه بِما بقي عليه، بِخلاف ذمّة الميِّت؛ فإنّ ذلك غير مُتصوَّرٍ في الموت[٢].

ووجه العلاقة بين هاتين القاعدتين: أنّ هذه القاعدة الفرعيَّة تَخريجٌ للقاعدتين الأصليّتين؛ لأنّ البائع وإن كان يشاركه غرماؤه إلاّ أنّه أحقّ بالعرض الذي في يديه، لبقاء سبب المِلك، والسّبب أملك.

من أدلّة القاعدة:

تقدّم أنّ هذه القاعدة من القواعد البديهية التِي لا يختلف فيها اثنان؛ فهي قاعدةٌ مُسَلَّمةٌ لها، ومفادها: أنّ الأصل إذا اجتمع في شيءٍ مع مشاركٍ له في الأصل؛ فإنّ الأصل أحقّ بذلك الشّيء، وأنّ السّبب أملك للشّيء من لاحقه، والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

من تطبيقات القاعدة:

١-هذه القاعدة أصلٌ عظيمٌ، يستدلّ بها في التّرجيح عند ما يتعارض أصلٌ مع مشاركٍ في الأصل.

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٩٠.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٨٦، و٢٨٨.

٢-يستدلّ بالقاعدة لِصحّة أصل مالك في جواز بيع الماء؛ حيث قرّر أنّ: الماء متَى كان في أرضٍ مُمتَلَكٌ مَنْبَعُهُ، فهو لصاحب الأرض، له بيعه ومنعه[1].

٣-الجدّ يُسْقِطُ الإخوة؛ لأنّه أصلٌ، والإخوة مشاركون له في الأصل، والأصل أحقّ بالشّيءِ من المشارك له في الأصل، ولأنّه سببٌ والسّبب أملك من لاحقه[2].

٤-هذه القاعدة ترجّح القولَ القائلَ بِتقديم ذوي الأرحام على بيت مال المسلمين عند عدم ذوي الفروض؛ لأنّ ذوي الأرحام قد اجتمع فيهم سببان: القرابة، والإسلام؛ فكانوا أولَى من جماعة المسلمين الذين لهم سببٌ واحدٌ، وهو الإسلام؛ لأنّ الأصل أحقّ بشيءٍ من مشاركٍ له في الأصل، والسّبب أملك من لاحقه[3].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ١٦٨/٢.

(٢) انظر: المنتقى ٢٦٨/٨.

(٣) انظر: الاستذكار ٣٦٧/٤، وروضة الطّالبين ٣/٦.

المبحث الثّالث: القاعدة الحادية والسّبعون [٧١]

[كلّ مَنْ يَحُوزُ المال يَثْبُتُ النَّسَبُ بِإقْرَارِهِ]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل ثبوت النَّسَبِ الموجب للميراث المختلف فيها، عند مسألة إقرار الوارث بالنَّسب دليلاً لأحد الأقوال فيها؛ حيث قال: ((وكذلك الحكم عند مالك وأبي حنيفة فيمَنْ ترك ابناً واحداً؛ فأقرَّ بأخٍ له آخر، أعني: أنّه لا يثبت النَّسَبُ ويجب الميراث(١).

وأمّا الشّافعي فعنه في هذه المسألة قولان:

---

(١) وهو مذهب الحنابلة، وعمدتهم في ذلك: أنّ ثبوت النَّسب هو حقٌّ متعد إلى الأخ المنكر، وفيه حمل النَّسَب عليه؛ فلا يصحّ ولا يثبت عليه إلاّ بشاهدين عدلَين، ولأنّ كلّ مَنْ لا يصحّ استلحاقه في حياة الأب لا يصحّ استلحاقه بعد موته؛ كالأخ.
وأمّا حَظُّهُ من الميراث الذي بيد المُقرِّ؛ فإقراره فيه عاملٌ؛ لأنّه حَقٌّ أَقَرَّ به على نفسه، والحقّ أنّ القضاء عليه لا يصحّ مِنَ الحاكم إلاّ بعد ثبوت النَّسب، وأنّه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع مَنْ يعرف أنّه شريكه في الميراث حَظَّهُ منه، ذلك لأنّ إقراره تَضَمَّنَ شيئين:
أحدهما: حمل النَّسَب على الغير، ولا ولاية له عليه.
والشّيء الثّاني: الاشتراك في استحقاق المال، وله فيه ولاية؛ فيثبت كالمشتري إذا أقرّ على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتّى لا يرجع عليه بالثّمن، ولكنه يقبل في حقّ العتق، والأصل أنّ الْمُقرَّ فيما في يده يُعَامَلُ ما لو ثبت النَّسب.
انظر: مختصر القدوري ص ١٠٠، وبدائع الصّنائع ٦/٢٦٤-٢٦٦، والهداية ٣/١٩١، والموطّأ ٢/٧٤١، والمعونة ٢/١٢٥٦-١٢٥٨، والاستذكار ٦/١٧٠، و١٧١، و١٨٤-١٨٧، والمنتقى ٧/٣٣٣-٣٣٤، وبداية المجتهد ٤/٢١٥، وعقد الجواهر ٢/٨٤٨-٨٤٩، ومختصر المزني ص ١٦٢، ومختصر الخرقي والمغني ٩/١٣٥-١٣٧-١٣٨.

أحدهما: أنّه لا يثبت النَّسَبُ ولا يجب الميراث(١).

والثّاني: يثبت النَّسَبُ ويجب الميراث(٢)، وهو الذي عليه تناظر الشّافعية في المسائل الطّبلوليّة(٣)، ويجعلها مسألةً عامّةً، وهو: **أنّ كلّ مَنْ يَحُوزُ المالَ يثبت النَّسَبُ بإقراره**، وإن كان واحداً أخاً أو غير ذلك»(٤).

توثيقها:

هذه القاعدة ورد مفادها في بعض كتب أهل العلم؛ حيث اعتمدت حِيَازَةُ جميع الميراث ورُتِّبَتْ عليها أحكامٌ، منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع في اعتبار حيازة جميع الميراث في وجوب النّفقة حيث قال: «ولو كان له عَمٌّ وعَمَةٌ وخالةٌ؛ فالنّفقة على العمّ؛ لأنّ

---

(١) قال المزَني في مختصره ص ١٦٢: «وهذا أصحّ ما قيل عندنا»، ووجّهه الشّيرازي في المهذّب ٣/٧٥٥ بأنّ ذلك إذا كان لا يرثه، بأن كان عبداً، أو قاتلاً، أو كافراً والأب مسلمٌ، لم يُقبَل إقراره؛ لأنّه لا يُقْبَلُ إقراره عليه بالمال، فلا يُقْبَلُ إقراره عليه في النَّسَب؛ كالأجنبي، وكذلك إن كان قد نفاه الأب، لم يثبت؛ لأنّه يَحَمِّلُ عليه نَسَباً حُكِمَ بُطلانه، وعمدته في ذلك: أنّ النَّسَبَ لا يثبت إلاّ بشاهدي عدل؛ وحيث لا يثبت فلا ميراث؛ لأنّ النَّسَبَ أصلٌ، والميراث فرعٌ، وإذا لم يوجد الأصل لَمْ يوجد الفرع.
انظر: المعونة ٢/١٢٥٧-١٢٥٨، والاستذكار ٦/١٧٠، و١٨٥، وبداية المجتهد ٤/٢١٥، ومختصر المزني ص ١٦٢، والمهذّب ٣/٧٥٥، وروضة الطّالبين ٤/٤١٤، و٤١٦، و٤٢٠-٤٢٣.

(٢) وبه قال أبو يوسف والكرخي من الحنفية، وإبراهيم النّخعَيّ، وذلك إذا كان حائزاً لجميع الميراث، و لم يكن أبوه قد نفاه.
انظر: بدائع الصّنائع ٦/٢٦٦، والاستذكار ٦/١٧٠، والمهذّب ٣/٧٥٦، وشرح مسلم للنّووي ١٠/٢٨٠، والمراجع السّابقة.

(٣) لم أقف بعد البحث على معنًى هذا المصطلح.

(٤) بداية المجتهد ٤/٢١٤-٢١٥.

العمّ مساوٍ لهما في سبب الاستحقاق، وهو الرّحم المحرّم، وفَضَلَهُمَا بكونه وارثاً؛ إذ الميراث له لا لهما؛ فكانت النّفقة عليه لا عليهما، وإن كان العمّ معسراً فالنّفقة عليهما؛ لأنّه يُجْعَلُ كالميّت، والأصل في هذا أنّ كلّ مَنْ كان يَحوز جميع الميراث، وهو مُعسرٌ يُجْعَلُ كالميّت، وإذا جُعِلَ كالميّت كانت النّفقةُ على الباقين على قدر مواريثهم، وكلّ مَنْ كان يَحوز بعض الميراث لا يُجْعَلُ كالميّت؛ فكانت النّفقةُ على قدر مواريث مَنْ يرث معه»[1]، فالشّاهد من هذا المنقول هو إظهار مدى اعتبار الفقهاء التّفرّد بحيازة جميع الميراث، وتأثيره في ترتيب الأحكام.

شرح مفردات القاعدة:

يَحُوزُ: مِنْ: حَازَ الشَّيء، يَحُوزُهُ حَوزاً وحيازةً، إذا ضَمَّهُ وجَمَعَهُ وقَبَضَهُ ومَلَكَهُ واستَبَدَّ به، وكلّ مَنْ ضمَّ إلى نفسه شيئاً واستَبَدَّ به فقد حازه[2].

وفي اصطلاح الفقهاء: وضع اليد على الشّيء مع حرّية التّصرّف فيه[3]، والمراد به هنا أن يتفرّد بجميع التّركة ويستبدّ به، بلا مشاركٍ وارثٍ له ينازعه.

المال، اسمٌ لجميع ما يملكه الإنسان، مِمّا يُتَمَوَّلُ ويُنْتَفَعُ به[4]، والمراد به هنا: التّركة.

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٣/٤٤٥.

(٢) انظر: المفردات ص ١٤٤، وطلبة الطّلبة ص ٢٣١، والنّهاية ١/٤٥٩، والمصباح المنير ص ٦٠.

(٣) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٦٧.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٢٤٣، وعقد الجواهر ٣/٨٦٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٦٦-٣٦٧.

النَّسَبُ، لغة القرابة، وجمعه: أنسابٌ[(١)].

واصطلاحاً: هو علاقةٌ بين شَخصين بالاشتراك في ولادة؛ قريبةً كانت أو بعيدةً[(٢)]، وبعبارةٍ أخرى: هو: القرابة الموروثة التِي لا يد للإنسان فيها[(٣)].

بإقراره، الإقرار بشيء: تقريره، وضدّه: إنكاره، وهو مِنْ: أَقَرَّ يُقِرُّ إِقْرَاراً، وهو إثبات الشّيءِ والاعتراف به، وقد يكون ذلك إثباتاً إمّا بالقلب، وإمّا باللّسان، وإمّا بهما[(٤)].

والإقرار في اصطلاح الفقهاء هو: إخبارٌ عن كائنٍ[(٥)]، أو هو: اعتراف الشّخص بِحَقٍّ عليه لآخر[(٦)].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلّق بِسببٍ من أسباب الإرث، وهي محلّ خلاف بين الفقهاء من حيث العددُ، ولكنّ المتفق عليه منها ثلاثة وهي: نسبٌ، ونكاحٌ، وولاءُ[(٧)]، ومتعلّق القاعدة هو النَّسَبُ، وتقدّم التّعريف به.

---

(١) انظر: المفردات ص ٤٩٢، والمصباح المنير ص ٢٣٠.

(٢) انظر: طلبة الطّلبة ص ٢٧٩، و٣٣٦، والخلاصة في علم الفرائض ص ٥٨.

(٣) انظر: عقد الجواهر ١٢٣٩/٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٤٨، والخلاصة في علم الفرائض ص ٢٨.

(٤) انظر: المفردات ص٣٩٩،وطلبة الطّلبة ص٢٨١-٢٨٢، والمصباح المنير ص١٨٩.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٢٦٤/٦.

(٦) انظر: منتهى الإرادات ٤١٧/٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٦٤.

(٧) انظر: مختصر القدوري ص ٢٤٥، وبدائع الصّنائع ٢٦٤/٦، و٢٦٥، والمعونة ١٦٤٩/٣، والتّلقين ص ٥٥٧، و٥٦١، وبداية المجتهد ١٨٥/٤، و٢١٤، والفواكه الدّواني ٢٧١/٢، ومختصر المزني ص ١٦٢، و١٩٦، والمهذّب ٦٥٣/٢، وروضة =

والنَّسَبُ الموجب للميراث ثلاثة أنواعٍ: أصولٌ، وفروعٌ، وحواشٍ.

فالأصول هم الآباءُ والأمهاتُ وإن علوا، وضابط مَنْ يرث من الأصول هو:

١-**الذّكور**، وهو كلّ ذكرٍ ليس بينه وبين الميّت أُنْثى؛ فإنّه يرث، وإن علا بِمَحْض الذّكور؛ كالأب، وأبيه.

٢-**الإناث**، وهو كلّ أُنْثَى ليس بينها وبين الميّت ذَكَرٌ مسبوقٌ بأُنْثى؛ فإنّها ترث وإن علت؛ كالأمّ، وأمّ الأمّ، وأمّ الأب، وأمّ أمّ الأب، أمّا أمّ أب الأمّ فلا ترث؛ لأنّ بينها وبين الميّت ذَكَراً مسبوقاً بأُنْثى، فهي من ذوي الأرحام.

وأمّا الفروع، فهم الأبناءُ والبناتُ ومَنْ تفرّعوا منهم وإن نزلوا بِمحض الذّكوريّة؛ ليخرج مِن ذلك أولادُ البنات.

وضابط مَن يرث من الفروع هو: كلّ مَنْ ليس بينه وبين الميّت أُنْثى؛ فإنّه يرث، وما عدا ذلك فَمِن ذوي الأرحام، ومثال مَنْ يرث منهم: الابن، والبنت، وابن الابن وبنته وإن نزلوا، ومثال مَنْ لا يرث منهم: ابن البنت، وبنت البنت وإن نزلوا.

وأمّا الحواشي فهم: مَن لأبيك عليهم ولادةٌ، أو مَن تفرّعوا مِن أصولك، أو هم فروع الأصول، وهذا يشمل الإخوةَ، والأخوات، وأبناءهم، والأعمام والعمّات وأبناءهم، وإن نزلوا، وضابط مَن يرث منهم:

=

الطّالبين ٣/٦، وزاد المستقنع ص ٩٨، وكتاب الفرائض ص ١٨، والخلاصة في علم الفرائض ص ٥٥.

١-**الذّكور**، كلّ مَنْ أدلَى للميّت بذَكَرٍ؛ فإنّه يرث؛ كالإخوة وأبنائهم، والأعمام وأبنائهم، وأمّا مَنْ يدلي بأُنْثًى فلا يرث؛ كأبناء الأخوات، والأخوال، ما عدا أولاد الإخوة لأمٍّ؛ فإنّهم يدلون للميّت بالأُنْثَى (الأمّ) ويرثون معها بنصّ القرآن.

٢-**الإناث**، لا يرث من إناث الحواشي مطلقاً إلاّ الأخوات، سواء كُنَّ شقيقاتٍ أم لأب، أم لأمٍّ، وما عداهنّ فَمنْ ذوي الأرحام[١].

ولثبوتِ النَّسَبِ شرعاً طرقٌ منها مُتَّفَقٌ عليها ومنها مختلفٌ فيها.

وأمّا المتّفق عليها فهي:

٣-**الفراشُ في جانب الرّجل**، لعموم قول النّبيّ ﷺ: «الولد للفراش»[٢]؛ فإنّ كلامه خرج مخرج القسمة؛ فجعل الولد لصاحب الفراش، والحجر للزّاني؛ فاقتضى أن لا يكون الولد لِمَن لا فراشَ له، كما لا يكون الحجر لِمَن لا زنا منه؛ إذ القسمة تنفي الشّركة[٣]، وللإجماع على ذلك[٤]، والفراش عند العرب يُعبَّرُ به عن الزّوج والزّوجة،

---

(١) انظر: بداية المجتهد ١٨٥/٤، و٢١٤، وعقد الجواهر ١٢٣٩/٣، وروضة الطّالبين ٢٦/٦، والخلاصة في علم الفرائض ص ٥٨-٥٩.

(٢) من حديث عائشة في قصة خصومة سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، أخرجه البخاري في صحيحه ٣٣/١٢، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حُرَّةً كانت أو أَمَةً، برقم: (٦٥١٣)، ومسلم في صحيحه ١٠٨٠/٢، كتاب الرّضاع، باب الولد للفراش، وتوقّي الشّبهات، برقم: (١٤٥٧).

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٣/٥، و٣٧٩.

(٤) حكَى الإجماع الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ١١٠/١٣، و١١٤، و١١٥، والاستذكار ١٦٩/٦، وانظر: فتح الباري ٣٦/١٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣١٠-٣١١.

والأكثر إطلاقه على المرأة(١)، والمراد بالفراش شرعاً عامٌّ في النّكاح، أو ملك اليمين، فالزّوجة الحرّة تصير فراشاً بمجرّد عقد النّكاح بلا خلاف، واشترط جمهور(٢) فقهاء الأمصار لإمكان كونها فراشاً أن تكون مُمْكِنَةَ الوطء والحمل؛ ليثبت النَّسَبُ؛ فكلّ ولد يُولَدُ على فراشٍ لرجلٍ لاحقٌ به على كلّ حالٍ عند الإمكان، إلاّ أن ينفيه بلعانٍ على حكم اللّعان.

ويستوي العقد الصّحيح والفاسد في ثبوت النَّسَب بالفراش إذا اتّصل به الوطء؛ لأنّ العقد الفاسد مُلْحَقٌ بالصّحيح في إثبات النَّسَب، وكذلك الشّبهة فيه مُلْحَقَةٌ بالحقيقة، ولأنّ الفاسد هو ما فاته شرطٌ من شروط الصّحّة، وهذا لا يمنع انعقاده في حقّ الحكم كالبيع الفاسد، إلاّ أنّه يَمنع الوطء لغيره، وهذا لا يمنع ثبوت النّسب؛ كالوطء في حالة الحيض والنّفاس، وسواء كانت المنكوحة حرّةً أو أمَةً؛ لأنّ المقصود من فراش الزّوجية لا يختلف(٣).

وأمّا الأمةُ فتصير فراشاً بوطء السَّيِّد لها، أو إقراره بالوطء أو أنّه كان يلمّ بها، ولا تصير فراشاً بِمُجرّد الملك بلا خلاف؛ حتّى لو بقيت في ملكه سنين، وأتت بأولادٍ، ولم يطأها، ولم يقرّ بوطئها لا يَلحقه أحدٌ

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٣/٥، و٣٦٤، والهداية ٣٤/٢، والاستذكار ١٧٦/٦، وفتح الباري ٣٦/١٢.

(٢) خلافاً للحنفية في قولهم: إنّ مُجرّد العقد كاف في ثبوت النّسب.
انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٢/٥-٣٦٤، والهداية ٣٤/٢، والتّمهيد ١١٠/١٣-١١١، و١١٤، و١١٥، والاستذكار ١٦٩/٦، والمنتقى ٣٣٢/٧، و٣٣٥، وروضة الطّالبين ٤١٦/٤، وشرح مسلم ٢٧٩/١٠-٢٨٠، وفتح الباري ٣٥/١٢-٣٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٣/٥، و٣٦٤.

منهم، والفرق بين الحرّة والأمة أنّ الزّوجة تراد للوطأ خاصّةً؛ فجعل الشّرع العقد عليها كالوطء؛ لأنّه من مقاصد الشّرع، وأمّا الأمة فتراد لملك الرّقبة، وأنواعٍ من المنافع غير الوطء[1].

١-الولادة في حقّ المرأة؛ فإذا زنَى رجلٌ بامرأةٍ فجاءت بولدٍ فادّعاه الزّاني لم يثبت نسبُهُ منه لانعدام الفراش، وأمّا المرأة فيثبت نسبه منها؛ لأنّ الحكم في جانبها يتبع الولادة، سواء كان بالنّكاح أم بالسّفاح[2].

---

(١) خلافاً للحنفية في قولهم في الأمة غير أمّ الولد: إنّ مُجرّد الوطء أو الإقرار به لا يكفي، بل لا بدّ من إتيان الولد والإقرار به، ويُسَمُّونه بقرينة الدّعوة، فهم يقسّمون الفراش ثلاثة أقسام:

١- فراشٌ قويٌّ، وهو فراش المنكوحة؛ حتّى يثبت النَّسَبُ من غير دعوة، ولا ينتفي إلاّ باللّعان.

٢- فراشٌ وَسَطٌ، وهو فراشُ أمّ الولد؛ حتّى يثبت النَّسَبُ من غير دعوةٍ أيضاً، ولكنه ينتفي بمجرّد النّفي من غير لعان، بخلاف فراشٍ قويٍّ.

٣- فراشٌ ضَعيفٌ، وهو فراشُ الأمة؛ حتّى لا يثبت فيه النَّسَبُ إلاّ بالدّعوة، وذلك لأنّ وطء الأمة لا يقصد به حصول الولد عادةً؛ لأنّها لا تُشتَرَى للوطء عادّة، بل للاستخدام والاسترباح، ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادةً؛ لأنّ الولد لا يصح إلاّ بترك العزل، والظّاهر في الإماء هو العزل، والعزل بدون رضاهُنَّ مشروعٌ فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد إلاّ بقرينة الدّعوة، ولأنّه لَمّا ادّعى عُلِمَ بقرينة الدّعوة أنّه وطئها، و لم يعزل عنها، والوطء من غير عزل سببٌ لحصول الولد؛ فيثبت النَّسَبُ.

وقول الحنفية كما يُلاحظ قويٌّ ووجيهٌ، خصوصاً أنّ غيرَ الثّابت بيقينٍ لا يثبت بالشّكّ، كما أنّ الثّابت بيقينٍ لا يزول بالشّكّ، والنَّسَبُ ممّا يُحتاط فيه، فينبغي أن لا يثبت بالشّكّ، إلاّ أنّ الشّارع ألغَى اعتبار العزل في عدمَ حصول الولد، فإذا أراد الله الخلق كان عزل الرّجل أم لا، والله تعالى أعلم.

انظر: بدائع الصّنائع٥/٣٦٤-٣٦٥، و٣٨٢،وشرح مسلم للنّووي١٠/٢٨٠، وفتح الباري١٢/٣٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٦٣، و٣٦٤، و٣٧٩.

٢-الإقرار والاستلحاق، كالإقرار بالولد؛ بأَنْ يقرّ أبٌ أنّ فلاناً ابنٌ له، ويستلحقه بنفسه؛ فإنّه يثبت به نسبه؛ لأنّ إقرار الإنسان على نفسه مقبولٌ بالإجماع[١]، وكذلك الإقرار بالوالدين، والزّوج، والزّوجة، والمولَى؛ لأنّ الإقرار بهؤلاء ليس فيه حمل نَسَبِ غيره على غيره؛ فيكون إقراراً على نفسه لا على غيره؛ فيقبل، ولا يجوز إقراره بغير هؤلاء من العمّ والأخ؛ لأنّ فيه حملَ نَسَب غيره على غيره، وهو الأب والجد[٢]، قال في التّمهيد: «أجمع جمهور الفقهاء -أيضاً- على ألاّ يستلحق أحدٌ غير الأب؛ لأنّ أحداً لا يؤخذ بإقرار غيره عليه، وإنّما يؤخذ بإقراره على نفسه، ولا يقرّ أحدٌ على أحدٍ، ولو قُبِلَ استلحاق غير الأب كان فيه إثباتُ حقوقٍ على الأب بغير إقراره، ولا بيّنة تشهد عليه»[٣]، وهذا الإقرار أو الاستلحاق مشروطٌ باستكمال شروط، وانتفاء موانعَ منها:

أوّلاً: ألاَّ يكَذّبه الْحِسُّ؛ بحيث يكون ما يدّعيه مُمْكِناً، ويمكن أن يولد مثله لمثله، فلو كان في سنٍّ لا يمكن أن يكون ولداً للمستلحق فلا اعتبار بإقراره.

ثانياً: ألاَّ يكون الْمُقَرُّ به مشهور النَّسَبِ من غيره، سواء صدّقه الْمُقَرُّ به

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٢٦٤،و٢٦٥،و٣٦٣-٣٦٤، و٣٧٧، والموطّأ ٢/٧٤١، والتّمهيد ١٣/١١١، و١١٣، والاستذكار ٦/١٧٠، والمنتقى ٧/٣٢٩-٣٣٠، و٣٣٣، والمنثور ١/٩٤.

(٢) انظر:بدائع الصّنائع٦/٢٦٤-٢٦٥،والتّمهيد١٣/١١٣،والاستذكار٦/١٧٢،وفتح الباري١٢/٣٥.

(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٣/١١١، و١١٣، وانظر: الاستذكار ٦/١٦٨، و١٧٠، و١٧١، والمغني ٩/١٣٦-١٣٧، وفتح الباري ١٢/٣٥.

أم كذّبه.

ثالثاً: أن يصدّقه الْمُقَرُّ به إن كان معتبر التّصديق؛ فإن استلحق بالغاً فلم يصدّقه لم يثبت النَّسَبُ إلاّ ببيّنة، وأمّا إذا استلحق صغيراً فيثبت نسبه حتّى يرث منه الصّغير لو مات، ويرث هو الصَّغيرَ إن مات[١].

٣-الشّهادة، بأن يشهد شاهدان عدلان بأنّ فلاناً منسوبٌ إلى فلانٍ، وأنّه أبوه، أو ابنه، أو أخوه، أو نحو ذلك[٢].

وأمّا الطّرق المختلف فيها؛ فمنها: قول القائف في النَّسَبِ[٣]، ومنها: إقرار الغير بنسب غيره لآخر،أو استلحاق الغير غيره لآخر،وله صورٌ منها:

صورةٌ: الْمُقرُّ الْمُسْتَلْحِقُ فيها مشاركٌ مع غيره في التّركة، غير مُتَفَرِّدٍ بحيازتها، مثالها: مات شَخصٌ، وترك ابنين، وأقرّ أحدهما بأخٍ ثالثٍ، وأنكر الثّاني، ففي هذه الصّورة لا خلاف بين الفقهاء في أنّ النَّسَبَ لا يثبت بقوله هذا، وإنّما اختلفوا في ثبوت الميراث[٤].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٠٠، وبدائع الصّنائع ٢٥٦/٦-٢٥٧، و٢٦٤-٢٦٦، والهداية ١٩١/٣، والمنتقى ٣٣٠/٧، وبداية المجتهد ٢١٦/٤-٢١٧، وعقد الجواهر ٨٤٦/٢، وروضة الطّالبين ٤١٤/٤-٤١٥، وشرح مسلم للنّووي ٢٨٠/١٠، وفتح الباري ٣٥/١٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٢٥٦/٦، و٢٦٤، و٢٦٦، و٣٧٧، و٣٨٠، والمنتقى ٢٦٧/٨، وبداية المجتهد ٢١٦/٤، وروضة الطّالبين ٤٢٠/٤، والمغني ١٣٧/٩، وشرح منتهى الإرادات ٦٥٣/٤، و٦٥٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٦٦/٥.

(٤) فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنّه يجب على الْمُقرّ أن يعطي الْمُقَرَّ به حَقَّهُ من الميراث، قالوا: إنّ ثبوت النّسب حقٌّ متعد إلى الأخ المنكَر، فلا يثبت عليه إلاّ بشاهدين عدلين، وأمّا حظّه من الميراث الذي بيد الْمُقرّ؛ فإقراره فيه عاملٌ؛ لأنّه حقٌّ أَقَرَّ به على =

وصورةٌ أخرى: الْمُقِرُّ الْمُسْتَلْحِقُ وارثٌ واحدٌ مُتفَرِّدٌ لا يشاركه غيره فينازعه في التّركة، بل هو كلّ الورثة، ومُستَبِدٌّ بحيازة جميع التّركة، مثالها: مات شَخصٌ وترك وارثاً واحداً، كابنٍ واحدٍ مثلاً؛ فأقرّ بأخٍ له آخر، فما الحكم في هذه الصّورة؟ أيثبتُ النَّسبُ والميراث معاً، أم لا يثبتان معاً، أم يثبت الميراث دون النَّسَب؟

هذه الصّورةُ هي موضوعُ القاعدة ومتعلّقتُها؛ حيث تُقَرِّرُ القاعدةُ أنّ الْمُقِرَّ إذا كان بِمَنْزلة كلّ الورثة وجميعَهم، بحيث ينفرد بحيازة جميع التّركة، ولا يشاركه فيها وارثٌ آخر؛ فإنّ النَّسَبَ ثابتٌ بإقراره، إذا استوفى الشّروط السّابقة[1].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة وردت في مسألة مَنْ مات وترك وارثاً واحداً، لا يشاركه

=

نفسه، وهذا القول وجيهٌ؛ لأنّه أقرّ له على نفسه بالأخوّة؛ فيشاركه في الميراث؛ لأنّهما أخوان، وَمَنْ حَفظَ حُجّةٌ على مَنْ لم يَحْفَظ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

وذهب الشّافعية إلى أنّه لا يثبت النّسبُ فلا يجب على المقرّ أن يعطيه من الميراث شيئاً؛ لأنّ النّسبَ أصلٌ والميراث فرعٌ، وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع ضرورةً.

انظر: مختصر القدوري ص ٩٩-١٠٠، وبدائع الصّنائع ٦/٢٦٥، والاستذكار ٦/١٨٥-١٨٧، وبداية المجتهد ٤/٢١٤-٢١٥، والمهذّب ٣/٧٥٥-٧٥٦، وروضة الطّالبين ٤/٤١٤، و٤١٦، و٤٢٠-٤٢٣، ومختصر الخرقي والمغني ٩/١٣٥-١٣٧، وشرح مسلم للنّووي ١٠/٢٧٩-٢٨٠، وفتح الباري ١٢/٣٥.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٠٠، بدائع الصّنائع ٦/٢٦٥، والاستذكار ٦/١٨٥-١٨٧، وبداية المجتهد ٤/٢١٤-٢١٥، والمهذّب ٣/٧٥٦، وروضة الطّالبين ٤/٤١٤، و٤١٦، و٤٢٠-٤٢٣، والمغني ٩/١٣٧-١٣٨، و١٤٢، وشرح مسلم للنّووي ١٠/٢٨٠، وفتح الباري ١٢/٣٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٤.

في الميراث وارثٌ، فأقرّ بأخٍ له آخر، وهي على ثلاثة مذاهب[١]:

المذهب الأوّل: لا يثبت النَّسَبُ، ويَجب الميراثُ، وبه قال الحنفية والمالكية والحنابلة.

المذهب الثّاني: لا يثبت النَّسبُ، ولا يَجب الميراثُ، وبه قال الشّافعي.

المذهب الثّالث: يثبت النَّسَبُ، ويَجبُ الميراثُ، بشرط أن يكون حائزاً للإرث، أو يستلحقه كلّ الورثة، وإمكان كون الملحَق من الملحق به، وموافقة الملْحَقِ إن كان بالغاً عاقلاً، وألاّ يكون معروف النَّسَبِ، وهو مذهب الشّافعية، وحجّتهم: القاعدة، وهي أنّ كلّ مَنْ يَحوز المال يثبت النَّسَبُ بإقراره، وإن كان واحداً، أخاً أو غير ذلك[٢].

وبهذا تكون القاعدة شافعيةَ الأصل، ومُجمَعاً عليها في الجملة؛ لأنّ الجميع مُتّفِقُون أنّه لو أقرّ وارثان فأكثر بنَسَبِ امرئٍ آخر يكون وارثاً؛ فإنّ نَسَبَهُ ثابتٌ بإقرارهم، قال في بدائع الصّنائع: «وإن كان أكثرَ مِنْ واحدٍ؛ بأن كانا رجلين، أو رجلاً وامرأتين فصاعداً؛ يثبت النَّسَبُ بإقرارهم بالإجماع»[٣]، وفي الاستذكار: «واتّفقوا على أنّ نَسَبَ الأخِ الْمُقَرِّ به يثبت لو أقرّ لَهُ الابنان، وكذلك إذا أَقَرَّ به جَميعُ الورثة»[٤]، وفي

---

(١) تقدّم توثيقها، وذكر بعض توجيهاتها في مطلع هذه القاعدة.

(٢) انظر: الاستذكار ١٧٠/٦، وبداية المجتهد ٢١٤/٤-٢١٥، والمهذّب ٧٥٦/٣، وروضة الطّالبين ٤١٤/٤، و٤١٦، و٤٢٠-٤٢٣، وشرح مسلم للنّووي ٢٨٠/١٠، وفتح الباري ٣٥/١٢.

(٣) بدائع الصّنائع للكاساني ٢٦٦/٦، وانظر: مختصر القدوري ص ١٠٠، وبدائع الصّنائع ٢٦٥/٦، والهداية ١٩١/٣، والموطّأ ٧٤١/٢.

(٤) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ١٨٦/٦، و١٨٧، وانظر: المعونة ١٢٥٨/٢، والمنتقى =

المغني: «فصلٌ: وإن أَقَرَّ جَميعُ الورثةِ بوارث، أو أقرّ به الْمَيِّتُ لِيَثبتَ نَسَبُهُ منه؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ، سواء كان الورثةُ واحداً، أم جماعةً»[1]، وذلك لأنّ الميراث لا يخرج منهم، فهو إقرارٌ من كلّ الورثة يثبت به النَّسَبُ[2]، وكذلك في إقرار وارثٍ واحدٍ متفرِّدٍ بحيازة جميع الميراث، فما هي عمدتهم في إثبات النَّسَبِ بإقرار الواحد الذي يحوز جميع الميراث، وما هو مستندهم؟

من أدلّة القاعدة:

استدلّ الشّافعية وموافقوهم لثبوت هذه القاعدة وصحّتها وحجّيّتها في إثبات النَّسَبِ بإقرار الواحد الذي يحوز جميع الميراث بالسّماع والقياس.

أمّا السّماع فحديث عائشة -رضي الله عنها- المتّفق على صحّته[3]، وفيه: وقال عبدُ بنُ زَمْعَةَ: هذا أَخِي، يا سول الله! وُلِدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي، مِنْ وَلِيدَته؛ فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبدُ، الولدُ للفِرَاشِ، وللعَاهِرِ الْحَجَرُ، واحتجَبي منه يا سودَةُ بنت زَمْعَةَ».

وجه الاستدلال منه؛ حيث أقرّ عبدُ بنُ زَمْعَةَ بنسب غلامٍ لأبيه، وأنّه أخوه لأبيه، ودلّل لذلك أنّه وُلِدَ على فراش أبيه من وليدته، وأَقَرَّه رسول الله

=

٣٣٤/٧، وعقد الجواهر ٨٤٩/٢، ومختصر المزني ص ١٦٢، والمنثور ٩٤/١.

(١) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ١٣٧/٩، وانظر: شرح منتهى الإرادات ٦٥٣/٤، و٦٥٤، و٦٥٦-٦٥٧.

(٢) انظر: المغني ١٣٨/٩، و١٤٢.

(٣) تقدّم تخريجه قريباً ص عند دليل سببيّة الفراش من جانب الرّجل، واللّفظ هنا لمسلم.

ﷺ ، وأثبت نسبه، وقضى له، ولم ينكر ذلك منه، مؤيِّداً لدليله في صحّة قوله وإثباته بأنّ الولد للفِرَاش، ولم يكن مع عبد بن زَمعةَ وارثٌ آخر منازعٌ لـــه؛ حتّى يُسْأَلَ فينظر أَيُقِرُّه على إقراره أم ينكره[1].

وأيضاً حمل هذا الإقرار على أنّ إقرار مَنْ يَحوزُ الميراث هو إقـــرارُ خلافة، أي: إقرار مَنْ حاز خلافة الميّت، ويعني ذلك أنّ الإقرار الـــذي كان للميّت انتقل إلى هذا الذي حاز ميراثه؛ لأنّه يقوم مقـــام موروثـــه، بدليل أنّه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدَّين وغيره؛ كذا النَّسَبُ[2].

وأمّا أكثرُ الفقهاء فقد أشكل عليهم معنَى هذا الحديث؛ لِخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه في إثبات النَّسَبِ، ولهم في ذلك تـــأويلاتٌ وأجوبـــةٌ، وذلك أنّ ظاهر هذا الحديث أنّه أثبت نسبه بإقرار أخيه به، والأصل أَلاَّ يثبت نَسَبٌ للغير إلاّ بشاهدَي عدل[3]، ولذلك للنَّاسِ في ذلك تأويلاتٌ منها:

١-قالت طائفةٌ: إنّما أثبتَ النَّبيّ ﷺ نسبه بقول أخيه؛ لأنّه ﷺ قد علم أنّ تلك الأمة كان يطأُها زمعة بن قيس، وأنّها كانت فراشاً له، يؤكّد ذلك أنّه كان صهره؛ لأنّ سودة بنت زمعة كانت زوجته ﷺ، ويمكن

---

(١) انظر: التّمهيد ١٣/١١١، والاســتذكار ٦/١٧٠، و١٧١، والمنتقــى ٧/٣٣١-٣٣٢-٣٣٣، وبداية المجتهد ٤/٢١٥-٢١٦، ومختصر المزني ص ١٦٢، والمهذّب ٣/٧٥٦، والمغني ٩/١٣٧، وشرح مسلم للنّووي ١٠/٢٧٩-٢٨٠، وفتح الباري ١٢/٣٥-٣٧.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤/٢١٦-٢١٧، والمغني ٩/١٣٧، وشـــرح منتـــهى الإرادات ٤/٦٥٢، وفتح الباري ١٢/٣٥.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٢٦٤، والتّمهيد ١٣/١١٠-١١١، والمغني ٩/١٣٧.

ألاَّ يخفى عليه أمرها، فقضاؤه ﷺ له بناءً على كون فراشه قد كان معروفاً عنده، لا أنّه قضى له بدعواه على أبيه، لأنّ سنته المجتمع عليها أنّه لا يؤخذ أحدٌ بإقرار غيره عليه، قال في التّمهيد: «قد أجمع المسلمون أنّه لا يقبل إقرار أحد على غيره»[1]، وهذا التأويلُ صحيحٌ جارٍ على مذهب مَنْ يرى أنّ للقاضي أن يقضي بعلمه[2].

٢-وقالت طائفةٌ: أمره ﷺ سودة بالاحتجاب دليلٌ على أنّه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش؛ إذ لو ثبت أنّه أخوها ما أمرها أن تَحتجب منه؛ لأنّه ﷺ بُعثَ بصلَة الأرحام، وقد قال ﷺ لعائشة -رضي الله عنها- في عمّها من الرّضاعة: «إنّه عَمُّكِ؛ فَلْيَلِجْ عَلَيكِ»[3]، ويستحيل أن يأمر زوجةً له ألاَّ تحتجب من عمّها من الرّضا، ويأمر زوجةً له أخرى أن تحتجب من أخيها لأبيها[4].

٣-وقالت طائفةٌ: إنّه إقرارُ شهادة، لا إقرار خلافة، فلا بدّ من شهادة عدلين؛ لأنّ الإقرار بالأخوّة إقرارٌ على غيره لِما فيه حملُ نَسَبِ غيره على غيره؛ فكان شهادةً، وشهادة الفرد غير مقبولةٍ، بخلاف ما إذا

(١) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ١٣/١١٣، وانظر: الاستذكار ٦/١٧٠، و١٧٢، والمنثور ١/٩٤.

(٢) تقدّم الكلام بالتّفصيل على هذه المسألة في مطلع القاعدة [٦٥]، وانظر: التّمهيد ١٣/١١١، والاستذكار ٦/١٦٨-١٧٠-١٧٤، وروضة الطّالبين ٤/٤٢١، وفتح الباري ١٢/٣٥، و٣٧.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٢/١٠٧٠، كتاب الرّضاع، باب تحريم الرّضاعة من مال الفحل، برقم: (٧/١٤٤٥).

(٤) انظر: التّمهيد ١٣/١١١-١١٣-١١٥، والاستذكار ٦/١٧١، و١٧٢، والمنتقى ٧/٣٣٤، و٣٣٦، وفتح الباري ١٢/٣٨.

كانا اثنين فصاعداً؛ لأنّ شهادة رجلين أو رجلٍ وامرأتين في النَّسَبِ مقبولةٌ[١].

هذه بعضٌ من التّأويلات والأجوبة التِي ذكرت على وجه الاستدلال من الحديث.

وقد يُجاب عنها بأنّ مفاده يفيد أن قضاء النَّبِيّ ﷺ لعبد بن زمعة لإقراره، أو لعلمه ﷺ بثبوت فراشٍ ل(زمعة)، أمّا الإقرار فإن كان الأصل المجمع عليه أن لا يقبل إقرارُ أحد على غيره، إلاّ أنّ النَّبِيّ ﷺ اعتمده وعضده بما تقرّر في الشّرع أنّ الولد للفراش، ونصّ أنّه له، فيكون مجموعُ الأمرين مستندَ القضاء[٢]، خصوصاً أنّ كلا الأمرين مذكوران، وقد قال: «أخِي، وابن وليدة أبي، وُلِدَ على فراشه»، ولم يُنْكِرْ رسولُ الله ﷺ ذلك من قوله[٣]، وترجيح أحدهما على الآخر ترجيحٌ بلا مُرَجِّح، فإذا ثبتت صحّة اعتماد إقراره ولو مع اعتبار الفراش؛ صحّ الاستدلال به على صحّة القاعدة وثبوها وحجّيّتها.

وأمّا أمره ل(سودةَ) بالاحتجاب فَمحمولٌ على الاحتياط وقطع الذّريعة وتوقّي الشّبهات[٤]، لا أنّه لم تصحّ أخوّته، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

وأمّا دليلهم من القياس؛ فهو أنّهم مُتّفِقون على أنّ الوارِثَيْنِ فأكثر

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٦/٢٦٦، والاستذكار٦/١٧٠، و١٧٢، والمغني٩/١٣٧، وفتح الباري١٢/٣٥.

(٢) انظر: الاستذكار ٦/١٧٠، و١٧٢، وفتح الباري ١٢/٣٨.

(٣) انظر: الاستذكار ٦/١٧١.

(٤) انظر: التّمهيد ١٣/١١٢، وفتح الباري ١٢/٣٨.

لو أقرّوا جميعاً على نسب فلان؛ فإنّه يثبت نَسَبُهُ بإقرارهم؛ لأنّ الميراث لا يخرج منهم، وكذلك لو أقرّ وارثٌ واحدٌ، حائزٌ لجميع الميراث، بجامع أنّ الميراث لا يخرج عنهما.

ولأنّ إقرار الواحد مقبولٌ في حقّ الميراث؛ فيكون مقبولاً في حقّ النَّسَب كإقرار الجماعة[١].

من تطبيقات القاعدة:

١-إنّ الاستلحاق لا يَختصّ بالأب فقط، بل للأخ أن يستحلق، بشرط أن يكون حائزاً لجميع الميراث، أو يوافقه باقي الورثة إن شاركه غيره، وإمكان كون الملحَق من المذكور، وأن يوافق على ذلك إن كان بالغاً عاقلاً، وألاَّ يكون معروف الأب[٢].

٢-فلو خلّف ابناً واحداً، أو بنتاً واحدةً؛ فإن كان حائزاً لجميع التّركة ثبت النَّسَبُ بإقراره، سواء كان حائزاً حالة الإقرار، أم غير حائز ثم صار حائزاً[٣].

٣-وارثان؛ بالغٌ وصغيرٌ، أو عاقلٌ ومَجنونٌ؛ فالصّحيح أنّ البالغ أو العاقل لا ينفرد بالإقرار، بل ينتظر بلوغ الصّغير، وإفاقة المجنون؛ فإن بلغ أو أفاق ووافق المقرَّ ثبت النَّسَب حينئذ، وإن مات قبل البلوغ أو الإفاقة ولم يُخلّف سوى الْمُقِرّ ثبت النَّسَبُ حينئذٍ كذلك؛ لأنّ جميع الميراث صار له حينئذٍ[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٢٦٦.

(٢) انظر: شرح مسلم للنّووي ١٠/٢٨٠، وفتح الباري ١٢/٣٥، و٣٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٢٦٧، والمهذّب ٣/٧٥٧، وروضة الطّالبين ٤/٤٢١، والمغني ٩/١٣٨، و١٤١، وشرح منتهى الإرادات ٤/٦٥٤.

(٤) انظر: المهذّب ٣/٧٥٧، وروضة الطّالبين ٤/٤٢١-٤٢٢، والمغني ٩/١٤١، وشرح =

٤- كذلك لو خلّف بَالغَين عَاقلَين فأقرّ أحدهما، وأنكر الآخر، ثم مات المنكر و لم يخلّف إلاّ أخاه المقِرّ يثبت النَّسَبُ على الصّحيح؛ لأنّ جميع الميراث صار له[١].

٥- ولو أقرّ أحدهما وسكت الآخر، ثم مات السّاكت وابنه مُقِرٌّ؛ ثبت النَّسَبُ؛ لأنّه غير مسبوق بتكذيب الأصل؛ فصار حائزاً لجميع الميراث[٢].

٦- لو كان الْمُقِرُّ أكثرَ منْ واحدٍ؛ بأن كانا رجلين، أو رجلاً وامرأتين فصاعداً؛ يثبت النَّسَبُ بإقرارهم بالإجماع[٣]، وإن أقرّ بعضهم دون بعضٍ لا يثبت النَّسَبُ؛ لأنّ النَّسَبَ لا يتبعَّض؛ فإذا لم يثبت في حقّ أحدهما لَم يثبت في حقّ الآخر؛ فلا يثبت بإقرار بعض الورثة[٤].

=

منتهى الإرادات ٤/٦٥٤.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٦/٢٦٨، والمنتقى ٧/٣٣٤، والمهذّب ٣/٧٥٧، وروضة الطّالبين ٤/٤٢٢، وشرح منتهى الإرادات ٤/٦٥٤.

(٢) انظر: روضة الطّالبين ٤/٤٢٢، وشرح منتهى الإرادات ٤/٦٥٤.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص١٠٠، وبدائع الصّنائع٦/٢٦٥، و٢٦٦، والهداية ٣/١٩١، والموطّأ ٢/٧٤١، والاستذكار ٦/١٨٦، و١٨٧، والمنتقى ٧/٣٣٤، وروضة الطّالبين ٤/٤٢١، والمغني ٩/١٤١-١٤٢، وشرح منتهى الإرادات ٤/٦٥٤.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع٥/٣٦٦، والمهذّب٣/٧٥٦، و٧٥٨، والمغني٩/١٣٨، وشرح منتهى الإرادات٤/٦٥٤.

المبحث الرّابع: الضّابط الثّانِي والسّبعون [٧٢]

[لاَ يَرِثُ القَاتِلُ المَقْتُولَ]

ذكر ابن رشد هذا الضّابط ضمن مسائل الباب الثّالث: فيما يكون به القضاء، الفصل الأوّل في الشّهادة، مسألة قبول شهادة العدوّ على عدوّه، دليلاً من طريق المعنَى لعدم قبولها؛ حيث قال: «ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدوّ على عدوّه؛ فقال مالكٌ والشّافعي: لا تقبل[١]، وقال أبو حنيفة: تقبل[٢].

فعمدة الجمهور في ردّ الشّهادة بالتّهمة: ما روي عنه ﷺ أنّه قال: (لا تُقْبَلُ شهادةُ خَصمٍ ولا ظَنِين)[٣]، وما أخرجه أبو داود[٤] من قوله ﷺ: (لا تُقْبَلُ شَهادَةُ بَدَوِيٍّ على حَضَرِيٍّ) ؛ لقلّة شهود البدويّ ما يقع في المصر[٥]، فهذه هي عمدتهم من طريق السّماع.

---

(١) وهو مذهب الحنابلة، وقد تقدّم الكلام عليه في القاعدة [٦٥] فقرة (٤) من أسباب التّمهة.
وانظر: القوانين الفقهية ص ٢٠٣، والمهذّب ٦٩٨/٣، والطّرق الحكمية ص ٢٠٧-٢٠٨، وشرح منتهى الإرادات ٤٩٤/٦، عارضة الأحوذي ١٧٨/٩-١٧٩.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٢٠، والهداية ١٢١/٣.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [٦٤]، فقرة: من أدلّة القاعدة، الدّليل الثّاني.

(٤) أخرجه في سننه ٢٦/٤، كتاب الأقضية، باب شهادة البدوي على أهل الأمصار، برقم: (٣٦٠٢)، وابن ماجه في سننه ٧٩٣/٢، كتاب الأحكام، باب مَن لا تجوز شهادته، برقم: (٢٣٦٧)، بلفظ: «لا تَجوز شهادة بَدَوِيٍّ على صاحب قرية»، وهو حديثٌ صحيحٌ؛ صحّحه الشّيخ الألباني في إرواء الغليل ٢٨٩/٨، برقم: (٢٦٧٤).

(٥) انظر: معالم السّنن ٢٦/٤، والبيان والتّحصيل ٤٣٠/٩، والمنتقى ١٦٨/٧، وعقد =

وأمّا من طريق المعنَى فلموضع التّهمة، وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشّرعية[١]، مثل: اجتماعهم على أنّه **لا يَرِثُ القَاتِلُ المقْتُولَ**، وعلى توريث المبتوتة في المرض[٢]، وإن كان فيه خلافٌ»[٣].

توثيقه:

هذا الضّابط ورد ذكره أو مفاده في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في المختصر: «لا يَرِثُ القَاتِلُ مِنَ المقْتُول»[٤].

ما جاء في الرّسالة الفقهية: «لا يَرِثُ قَاتِلُ العَمْدِ مِن مالٍ ولا دِيَةٍ، ولا يرث قاتلُ الخطأ من الدِّية، ويَرِثُ مِنَ المال»[٥].

ما جاء في الاستذكار: «لا يَرِثُ القاتلُ شيئاً منها -أي: من الدِّية-؛ لأنّ العلماء مجمعون على أنّ القاتلَ خطأ لا يَرِثُ مِن الدِّية شيئاً، كما أجمعوا على أنّ القاتلَ عمداً لا يَرِثُ من المال، ولا من الدِّية شيئاً»[٦].

= الجواهر ١٠٤٠/٣، والذّخيرة ٢٨٤/١٠، وروضة الطّالبين ٢٤٥/١١، والمغني ١٤٩/١٤-١٥٠.

(١) انظر: القاعدة [٦٥] الخاصّة بذلك.

(٢) انظر: رسالة القيرواني ص ٢٥٥، والمعونة ١٦٥٢/٣، والمهذّب ٦٥٦/٢، والطّرق الحكمية ص ٢٠٧-٢٠٨، وشرح منتهى الإرادات ٤٩٤/٦، وشرح المنظومة السّعدية للشّثري ص ١٠٨.

(٣) بداية المجتهد ٤٣٦/٤-٤٣٧.

(٤) مختصر القدوري ص ٢٤٦، وانظر: بدائع الصّنائع ٣٤٩/٣، و٤٣٦/٦، وأشباه ابن نجيم ص١٥٩، ق (١٥).

(٥) رسالة ابن أبي زيد القيرواني ص ٢٥٥.

(٦) الاستذكار لابن عبد البرّ ٥٩/٧، و١٤٣-١٤٥، وانظر: التّمهيد ٢٤١/١٤، و٢٤٢، والمنتقى ٨٨/٩.

ما جاء في المهذّب: «لا يرث القاتلُ بحال، وهو الصّحيح»[١].

ما جاء في المختصر: «القاتلُ لا يَرِثُ المقتولَ، عمداً كان القتلُ أو خطأ»[٢].

ما جاء في تقرير القواعد: «مَنْ أَتى بسببٍ يفيد الملكَ، أو الحلَّ، أو يُسْقطُ الواجبات على وجه مُحرَّم، وكان ممّا تدعو النّفوس إليه؛ أُلْغِيَ ذلك الشّرطُ، وصار وُجُودُهُ كالعَدَمِ، ولَمْ يَتَرَتَّبْ عليه أَحْكَامُهُ»، ثم قال: «ومنها: القَاتلُ لمَوْرُوثِه لا يَرِثُهُ، وسواء كان مُتَّهماً أم غير مُتَّهَمٍ عند أكثر الأصحاب»[٣].

شرح مفردات الضّابط:

لا يَرِثُ: أي لا ينال ولا يستفيد من التّركة شيئاً، مِنْ: وَرِثَ يَرِثُ وِرَاثةً وإرْثاً، وهو انتقال قُنْيَة من شخصٍ لآخر بغير عقد، ومن غير تَعَب، ولا ما يجري مَجرى العقد، وسُمِّيَ بذلك المنتقِلُ عن الميّت؛ فيقال للقنية الموروثة: ميراثٌ وإرثٌ[٤].

والميراث أو الإرث هو: ما تركه الميّتُ بعد موته من أموالٍ، وحقوقٍ يستحقّها بموته الوارثُ الشّرْعِيُّ[٥].

والوارثُ الشّرعِيُّ هو: مَنْ يستحقّ نصيباً من التّركة، سواء أخذه أم لم يأخذه[٦].

القاتلُ: اسم فاعلٍ من قَتَلَ يَقْتُلُ قَتْلاً، إذا أزهق الرّوح وأزالها، فالقتل هو فعلُ

---

(١) المهذّب للشّيرازي ٢/٦٥٥.

(٢) مختصر الخرقي ٩/١٥٠، وانظر: المقنع ١٨/٣٦٩، ومنتهى الإرادات ٢/٥٤.

(٣) قواعد ابن رجب ص ٤٩٧، القاعدة [١٠٢].

(٤) انظر: المفردات ص ٥٣٣-٥٣٤.

(٥) انظر: الخلاصة في علم الفرائض ص ١٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٣، و٤٤٠.

(٦) انظر: الخلاصة في علم الفرائض ص ٢٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٦٨.

ما يُزْهِق روحَ آدَمِيٍّ معصوم الدَّم، ويقال لرجلٍ وامرأة:قتيلٌ[(١)].

فالقاتل إذَن، هو الذي يقوم بِفعلٍ يُزْهِقُ رَوحَ آدَمِيٍّ معصوم الدّم[(٢)].

والمقتول هو الذي وقع عليه فعل القاتل، الذي أُزْهِقَت رُوحُهُ.

الْمعنَى الإجمالي للضّابط:

الميراث له أسبابٌ، وشروطٌ، وموانعُ، وأمّا الأسباب فالمجمع عليه منها ثلاثة: نَسَبٌ، ونِكاحٌ، وولاءٌ[(٣)].

وأمّا الشّروط فالمتّفق عليه منها أيضاً ثلاثةٌ هو[(٤)]:

١-تَحقّق موت المورّث.

٢-تَحقُّق وجود الوارث حيّاً بعد وفاة مُوَرِّثه بالمشاهدة، أو شهادة عدلين ولو للحظة.

٣-العلم بالسَّبب أو الجهة المقتضية للإرث، من نكاحٍ ونسبٍ وولاءٍ، وتعيّن جهة القرابة من بنوّةٍ، أو أُبُوَّةٍ، أو أُخُوَّةٍ، أو عمومةٍ، أو ولاءٍ، ومعرفة الدّرجة التِي يَجتمعُ الوارث مع الميّت فيها؛ ليعلم أنّه وارثٌ شرعِيٌّ ليس محجوباً، والمقصود من هذا الشّرط معرفة سبب الاتّصال بين الوارث والمورِّث.

---

(١) انظر: المفردات ص ٣٩٤، والنّهاية ٤/١٣، والمصباح المنير ص ١٨٧، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٢٥.

(٢) انظر: طلبة الطّلبة ص ٢٣٦، و٣٢٧، والخلاصة في علم الفرائض ٤٧.

(٣) انظر: المعونة ٣/١٦٤٩، والاستذكار ٤/٣٧٧، والمنتقى ٨/٢٦٧، وبداية المجتهد ٤/١٨٥، والفروق ٤/١٩٣، و١٩٨، والمهذّب ٢/٦٥٣، وروضة الطّالبين ٦/٣، والمقنع ١٨/٧، ومنتهى الإرادات ٢/٢٧، والخلاصة في علم الفرائض ص ٥٥-٦١.

(٤) انظر: الفروق ٤/١٩٨-١٩٩، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٣-٤٤.

وأمّا الموانع فهي أيضاً ثلاثة هي: القتل، واختلاف الدِّين، والرّقّ[١].

والضّابط واردٌ في مانعٍ من موانع الإرث الثّلاثة، وهو القتل، ويُبيِّنُ مدى تأثير القتل في منع القاتل من ميراث مقتوله، فالمانع من الميراث هو معنًى يقوم بالشّخص وهو القتل؛ فَيُحْرَمُ لأجله من الميراث عقوبةً له، وذلك كأن قتل رجلٌ زوجته، فإنّه يُحْرَمُ من الميراث منها، معاملةً له بنقيض مقصوده؛ لأنّ الظّاهر من فعله هو استعجال حيازة المال بالخلافة عن المورِّث من غير وجه؛ فَيُعَاقَبُ بالحرمان منه؛ للقاعدة الفقهية القاضية أنّ مَنِ استعجل بشيئ قبلَ أوانه عُوقِبَ بِحرمانه[٢]، لئلاّ يتطرّق النّاسُ إلى الميراث بالقتل.

وفي المثال السّابق، يُلْحَظُ أنّ سبب الإرث موجودٌ قائمٌ، وهو النّكاح والزّوجية، ولكن قد وُجِدَ ما يَمنَعُ هذا السّببَ أن يعمل عمله، ويثبت له حكمه وهو القتل، وهو معنًى قائمٌ بالمحروم انتفت به أهليته للميراث[٣].

فهذا الضّابط من القواعد الفقهية ذات الأهمية تستحقّ عنايةً، خاصّةً في هذا الوقت الذي ضعف فيه الدِّينُ، وانقلبت العوائدُ الحميدةُ منكرةً عند كثيرٍ من النّاس في كثيرٍ من البلدان، وهي قاعدةٌ من قواعد تأثير التُّهَمِ

---

(١) انظر: عقد الجواهر ١٢٤٧/٣-١٢٤٩، والفروق ٢٠١/٤، والقوانين الفقهية ص ٢٥٩، وروضة الطّالبين ٢٩/٦-٣٣، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٥-٥٤.

(٢) انظر: أشباه ابن نجيم ص ١٥٩، ق (١٥)، والاستذكار١٤٣/٧، والتّمهيد ٢٤١/١٤-٢٤٢، والمنتقى ٨٨/٩، والمهذّب ٦٥٥/٢-٦٢٦، والمنثور٢٩٧/٢، وتكملة المجموع ٤١/١٧، والمغني ١٥٠/٩-١٥٣، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٨، وشرح المنظومة السّعدية للعويد ص ١٩٩.

(٣) انظر: التّمهيد ٢٤١/١٤، وتكملة المجموع ٤١/١٧.

في الأحكام الشّرعية، وتَحكيمُ الشّرع للتُّهمِ وإعمالها مجمعٌ عليه لدى الفقهاء[١]، ووجه كونه من قواعد تطبيقات التُّهَم أنّ الفقهاء درجوا على ذكره ضمن تطبيقات قاعدة: (مَنِ اسْتَعْجَلَ شَيئاً قبل أَوَانِهِ عُوقِبَ بحِرمَانه)، قال في الأشباه والنّظائر بعد ذكر القاعدة: «ومن فروعها؛ حرمانُ القَاتِل مُورِّثَهُ عن الإرث»[٢].

كما أنّه قاعدةٌ من القواعد الفقهية فيها إبطالُ شيءٍ من خصال الجاهلية[٣]؛ حيث كان من أهل الجاهلية مَنْ يَقْتُلُ قريبَهُ لِيَرِثَهُ، وكان ذلك منهم معروفاً، وعنهم مشهوراً؛ فأبطل ذلك رسول الله ﷺ بسُنّته، وسَنَّ لأمّته ألاّ يَرِثَ القاتلُ مَنْ قَتَلَ، وهي سُنَّةٌ مُجمعٌ عليها في القاتل عمداً[٤].

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

هذا الضّابط مجمعٌ عليه في الجملة لدى فقهاء الأمصار؛ حيث أجمعوا على أنّ القاتل عمداً عدواناً لا يرث مطلقاً، كما أجمعوا على أنّ القاتل

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص١٥٩، والاستذكار٧/١٤٣، والمنتقى٩/٨٧-٨٨، وبداية المجتهد ٤/٤٣٧، و٤٤٨، والمهذّب ٢/٦٥٥-٦٥٦، والمغني ٩/١٥١-١٥٢.

(٢) أشباه ابن نجيم ص١٥٩، ق(١٥)، وانظر:الاستذكار ٧/١٤٣،والتّمهيد١٤/٢٤١، والمنتقى ٩/٨٨، والمنثور٢/٢٩٧، وأشباه السّيوطي ص٢٨٣، ق (٣٠)، والمغني ٩/١٥١، وقواعد ابن رجب ص٤٩٨.

(٣) كما أبطل النّبيّ ﷺ عادةَ إلْحاق النَّسَب بالزّنا التي كانت في الجاهلية، وكانوا يستأجرون الإماء للزّنا، فإن اعترفت الأمَ بأنّ مولوداً لفلان ألْحَقُوه به؛ فجاء الإسلام بإبطال ذلك، وبإلحاق الولد بالفراش الشّرْعيّ، بقولِه ﷺ: «الولد للفراش، وللعاهرِ الْحَجَرُ»، تقدّم تخريجه في القاعدة [٧١]، وانظر: شرح مسلم للنّووي ١٠/٢٨١، وفتح الباري ١٢/٣٤، و٣٧.

(٤) انظر: الاستذكار ٧/١٤٢، و١٤٣، والمنتقى ٩/٨٧-٨٨.

خطأ لا يرث من دية مَنْ قتله[1]، واختلفوا في بعض تفاصيله، وسبب ذلك آلعموم الذي في مفاد الضّابط يبقى على عمومه، أم هو مخصوصٌ بقتلٍ دون قتلٍ؛ ذلك أنّ القَتْل يتنوّع باعتبارات مختلفة؛ منها اعتبار قصد القاتل إلى عَمْد أو شبه عمد أو خطأ، ومنها اعتبار أهليّة القاتل إلى قتل مُكَلَّف أو غير مُكَلَّف، ومنها اعتبار مباشرةٍ أو تسبُّبٍ، ومنها اعتبار الضّمان وعدمه إلى قتلٍ مضمونٍ وقتلٍ غير مضمونٍ، فهل هذه الأنواع كلّها تأخذ حكماً واحداً، أم يختلف الحكم باختلاف نوعٍ إلى نوعٍ آخر؟ والكلام فيه في النّقاط التّالية:

أوّلاً: أنواع القتل من حيث أهليّة القاتل إلى:

القتل الصّادر من مُكَلَّفٍ، وهو الذي يوصف بالعمد، أو شبه العمد، أو الخطأ.

القتل الصّادر من غير مُكَلَّفٍ، وهو ما جرى مجرى الخطأ، وهو فعل غير المكَلَّف؛ كالنّائم ينقلب على الصّغير فيقتله، أو قتل الصّبيّ على القول بأنّ عمده خطأ، والمجنون والمخطئ والنّاسي، وكَمَن يقع من شاهقٍ على غيره فيقتله[2].

---

(1) انظر: المعونة ١٦٥٢/٣، والاستذكار ٥٩، و١٤٤، والتّمهيد ٢٤٢/١٤، والمنتقى ٨٧/٩، و٨٨، وإجماع ابن المنذر ص ٣٦، ف (٣٢٠)، و(٣٢١)، والمهذّب ٦٥٥/٢، وروضة الطّالبين ٣١/٦، والمغني ١٥٠/٩، والمقنع والشّرح الكبير ٣٦٩/١٨، ومراتب الإجماع ص ٩٨.

(2) انظر: الهداية ١٥٩/٤، والفواكه الدّواني ٢٨١/٢، والمهذّب ٢٨٠/٣، وروضة الطّالبين ٣١/٦، وتكملة المجموع ٤٣/١٧، والمغني ١٥٢/٩، والشّرح الكبير ٣٧٢/١٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٢٥، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٩.

ثانياً: أنواع القتل من حيث قصد القاتل إلى[1]**:**

القَتْلُ العَمْدُ، ويكون بتعمّد الجانِي قصدَ إنسان معصومِ الدّم؛ فَيضربُه بسلاحٍ أو ما أُجْرِيَ مَجْرَى السّلاحِ، وبعبارةٍ أخرى: بِما يَقْتُلُ مِثْلُهُ غالباً.

القَتْلُ شِبْهُ العمد، وهو أن يتعمّد الجانِي ضربَ إنسانٍ معصومِ الدَّم بِما لا يَقْتُلُ مِثْلُهُ غالباً؛ فيموت به، أو يضربه بِما لا يقتل غالباً في مقتلٍ، كما لو ضربه بعَصًا على مؤخّرة رأسه فيموت.

القَتْلُ الخَطَأُ، وهو أن يفعل إنسانٌ ما أُبِيحَ لَهُ فِعلُهُ؛ فيقتل آدَمِيّاً معصومَ الدَّم، كما لو قصد الضّرب ولا يقصد المضروب، كأن يرميَ غرضاً يظنّه صيداً فإذا هو إنسانٌ معصومُ الدَّم، أو حربيّاً فإذا هو مسلمٌ، ومثله حوادث الدَّهْس بالسّيارات.

ثالثاً: أنواع القتل من حيث المباشرة وعدمه إلى:

القتل بالمباشرة، وهو الذي يباشره شخصٌ، ويشمل جميع ما تقدّم من أنواع القتل.

القَتْلُ بالتّسبّب، وهو ما انعدمت فيه المباشرة؛ كمَن حفر بئراً في غير مِلكه فوقع فيها إنسانٌ معصومُ الدَّمِ فمات، أو وضع حَجراً في الطّريق

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٨٤، والهداية ١٥٨/٤، وعقد الجواهر ١٠٩٠/٣، وقواعد العزّ ١٥٧/٢، وروضة الطّالبين ٣١/٦، وتكملة المجموع ٤٢/١٧-٤٣، والمغنِي ١٥١/٩-١٥٢، والمقنع والشّرح الكبير ٣٦٩/١٨، و٣٧١-٣٧٢، والمحلّى ٢١٤/١٠، وطلبة الطّلبة ص ٣٢٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٢٥، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٧، و٤٨.

فسقط عليه شخصٌ فمات[١].

رابعاً: أنواع القتل باعتبار الضّمان وعدمه إلى:

القَتْلُ المضمون،وهو قتلُ شخصٍ معصومِ الدَّم بِغير حقٍّ،والذي يلزم قَاتلَهُ ضَمَانُهُ إمّا بقصاصٍ، أو دية، أو كفّارة، ويشمل هذا النّوعُ: القَتْلَ العَمْد عدواناً، وشبه العمد، والخطأ، بالمباشرة أم بالتّسبّب، وبالجملة؛ كلّ قَتْلٍ صادرٍ من مُكَلَّف إذا كان فيه معنَى العدوان؛ فإنّه مضمونٌ على قاتله.

القتل غير المضمون، وهو القتل بِحقٍّ؛ كالقتل حَدّاً لِحقّ الله –تعالى–، مثل قتل المرتدّ.

ومنه قتل الزّاني المُحصَن بالرّجم، وقتل قاطع الطّريق والمحارب.

ومنه القتل قصاصاً، وهو القتل لِحقّ الورثة إذا لم يعفوا، ويكون هذا للقاتل عمداً.

ومنه قتل الصّائل يصول على الإنسان دفاعاً عن نفسه.

ومنه القتل اتّقاء الفتنة،كقتل الكفّار المحاربين،وقتل البغاة في أثناء القتال.

ومنه القتل صبراً؛ كقتل الأسير المقدور عليه ونحوه[٢].

هذه هي أنواع القتل، ومَن قام بشيءٍ منها يُسَمَّى قاتلاً، وبالتّالي لا

---

(١) انظر: روضة الطّالبين ٣١/٦، وتكملة المجموع ٤٣/١٧-٤٤، والمغني ١٥٢/٩، والشّرح الكبير ٣٧٢/١٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٢٥، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٩.

(٢) انظر: روضة الطّالبين ٣١/٦-٣٢، وتكملة المجموع ٤٣/١٧، والمغني ١٥٢/٩، والمقنع والشّرح الكبير ٣٦٩/١٨-٣٧٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٢٥، والخلاصة في علم الفرائض ص ٥٠.

يرث مقتوله على عموم الضّابط، فهل هو باقٍ على عمومه، أم عمومه مخصوصٌ بنوعٍ دون آخر؟

للفقهاء في ذلك مذاهبُ، وسبب اختلافهم آلضّابط معلّلٌ أي: معقولُ المعنَى، أم غيرُ معقولِ المعنَى؟ وما العلّة على القول بها؟ على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّ الضّابط على عمومه لا يخصّص منه شيءٌ، فكلّ قاتلٍ على أي وجهٍ كان، وبأيّ طريقة كان قتله لا يرث مقتولَهُ، لا من ماله القديم ولا من دِيَته، سواء كان قَتْلُهُ عمداً أم خطأ، أو مباشرةً أم بسببٍ مصلحة؛ كضرب الأب والزّوج والمعلّم للتّأديب، وكسقي الدّواء أو ربط الجرح، أو لغير مصلحة، مُتَّهَماً كان أم غير مُتَّهَمٍ، وسواء كان القاتلُ صغيراً أم كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً وبه قال الحنفية والشّافعية والحنابلة[1].

فالضّابط عندهم الضّمان، فما كان من القتل مضموناً بقصاصٍ أو دِيَةٍ أو كفّارة يمنع القاتلَ ميراث المقتول، عمداً كان أو خطأ، بمباشرةٍ أو سببٍ، صغيراً كان القاتلُ أو كبيراً؛ إذن: كلُّ قتلٍ يوجب عقوبةً ماليّةً، أو غير ماليّةٍ فهو مانع من الإرث.

---

(١) وهو قول جماعة من الصّحابة، منهم: عمر وعليّ، رضي الله عنهم، وجماعة من التّابعين. انظر: مختصر القُدوري ص ٢٤٦، والهداية ١٥٩/٤، وبدائع الصّنائع ٣٤٩/٣، و٤٣٦/٦، والاستذكار ١٤٣/٧-١٤٥، والتّمهيد ٢٤٢/١٤-٢٤٤، والمنتقى ٨٨/٩، والمهذّب ٦٥٥/٢، وروضة الطّالبين ٣١/٦، وتكملة المجموع ٤١/١٧-٤٢-٤٤، ومختصر الخرقي والمغني ١٥٠/٩-١٥٣، والمقنع والشّرح الكبير الإنصاف ٣٦٩/١٨-٣٧٥، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٧، ومنتهى الإرادات ٥٤/٢، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٩-٥٠.

وما لا يُضْمَنُ بشيءٍ من هذا؛ كالقتل قصاصاً، أو حَدّاً، أو دَفعاً عن نفسه، وقتل العادلِ للباغي، والباغي العادلَ، فلا يمنع.

من أدلّتهم: العمومات في الأدلّة الدّالّة على منع القاتل من الميراث، ومنها[(١)]:

١-قوله ﷺ : «ليس للقاتلِ شيءٌ، وإن لم يكن له وراثٌ فوارثه أقرب النّاسِ إليه، ولا يرث القاتلُ شيئاً»[(٢)].

٢-قوله ﷺ : «ليس لِقَاتِلٍ شيءٌ»[(٣)]، وفي لفظٍ: «ليس لقَاتِلٍ ميراثٌ»[(٤)].

---

(١) انظر: سنن الدّارقطني ١٦٨/٥، والاستذكار ١٣٩/٧، والمهذّب ٦٥٦/٢، وتكملة المجموع ٤١/١٧-٤٢، والمغني ١٥١/٩-١٥٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٦٩٤/٤، كتاب الدّيات، باب ديات الأعضاء، برقم: (٤٥٦٤)، والنّسائيُّ في سننه الكبرى ٧٩/٤، برقم: (٦٣٦٧).
وقوّاه الحافظ ابن عبد البرّ، انظر: الاستذكار ١٣٩/٧، والتّمهيد ٢٣٦/١٤، والمغني ١٥١/٩.
وصحّحه الألباني، وقال: إنّه مرسلٌ، انظر: إرواء الغليل ١١٦/٦، وحسّنه في الجامع الصّغير برقم: (٩٥٥٢).
قال الصّنعاني في سبل السّلام ١٠١/٣: «رواه النّسائيُّ والدّارقطنيُّ وقواه بن عبد البر وَأَعَلَّهُ النّسائيُّ، والصّواب وقفه على عمر، والحديث له شواهد كثيرة لا تقصر عن العمل بمجموعها».

(٣) أخرجه الإمام مالك في موطّئه ٨٦٧/٢، كتاب العقول، باب ما جاء في ميراث العقل والتّغليظ فيه، برقم: (١٠)، وانظر: التّمهيد ٢٤٢/١٤-٢٤٣.
وصَوَّبَ هذه الرّوايةَ كلٌ من الزّيلعي في نصب الرّاية ٣٢٨/٤، وابن حجر في الدراية ٢٦٠/٢؛ حيث قال الأخير: «الصّواب رواية مالك عن يحيَى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أنّ عمر رضي الله عنه قال: قال النّبيُّ ﷺ : ليس للقاتل شيءٌ».
وصحّحه الألباني في إرواء الغليل ١١٥/٦، برقم: (١٦٧٠، و١٦٧١)، وانظر: التّلخيص الحبير ٨٤/٣، و٩٢/٣.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه ٨٨٤/٢، كتاب الدّيات، باب القاتل لا يرث، برقم:
=

٣-قوله ﷺ: ((القاتلُ لا يرثُ))[١].

وهذه الرّوايات يُقوِّي بعضها بعضاً في النّصّ على أنّ القاتلَ لا يرث شيئاً ممَّن قَتَلَ مطلقاً، لا من ماله القديم ولا من دِيته، ولا فرق بين قتلٍ دون قتلٍ[٢].

٤-القاعدةُ الفقهيةُ التي تقول: ((مَن استعجل شَيئاً قَبْلَ أَوَانِه عُوقِبَ بحِرْمَانِه))[٣]؛ فإنّها تنصّ على أنّ مَن استَعجلَ حَقَّهُ قبل أوانه عُوقِبَ بحرمانه، والقاتل استعجل ميراثَ مُورِّثه فَقَتَلَهُ ظلماً وعدواناً، فناسب أن يُعَاقَبَ على ذلك بحِرْمَانه ومَنْعِه منه؛ ليَنْزَجر النّاسُ عن التّحيّل والفساد في الأرض بغير الحقّ[٤].

٥-سدّ الذّريعة وقطعها، وتوقّي الشّبهات؛ حتّى لا يقتل الوارثُ مُورِّثَهُ، ويزعم أنّه قتله خطأً؛ لأنّ توريث القاتل يُفْضِي إلى تكثير القتل[٥].

=

(٢٦٤٦). وصحّحه الألباني في الجامع الصّغير برقم: (٩٥٥١).

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه ٢/٨٨٣، الموضع السّابق، برقم: (٢٦٤٥).
وصحّحه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم: (٢١٤٠-٢١٤١/٢٦٣٥-٢٦٣٦)، وإرواء ٦/١١٥-١١٦ برقم: (١٦٧٠-١٦٧١)، والجامع الصّغير برقم: (٧٨٨٦).

(٢) انظر: التّمهيد ١٤/٢٤١-٢٤٤، وتكملة المجموع ١٧/٤٢، والمغني ٩/١٥٢، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٨.

(٣) انظر: أشباه ابن نجيم ص ١٥٩، ق (١٥)، والمنثور ٢/٢٩٧، وأشباه السّيوطي ص ٢٨٣ ق (٣٠)، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٨.

(٤) انظر: أشباه ابن نجيم ص ١٥٩، والتّمهيد ١٤/٢٤١-٢٤٢، والمنتقى ٩/٨٨، والمهذّب ٢/٦٥٥-٦٥٦، والمغني ٩/١٥١، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٨.

(٥) انظر: التّمهيد ١٤/٢٤٢، والمهذّب ٢/٦٥٥-٦٥٦، والمغني ٩/١٥١، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٨.

٦-لأنّ المانع من الميراث هو معنًى يقوم بالشّخص فَيحرم لأجله من الميراث[١].

المذهب الثّاني: أنّ عموم الضّابط مخصوصٌ بقتلٍ يكون القاتلُ فيه مُتَّهَماً دون غيره، وهو كلّ قتلٍ يتحقّق فيه العمدُ العدوانُ، أو شبه العمد، وكذلك القتل بالتّسبّب إذا تحقّق فيه عدوانٌ؛ للتّهمة التي تلحقه.

وأمّا ما عدا ذلك من أنواع القتل فلا يمنع ميراثَ القاتل من مقتوله، بل يرث من تلاد أمواله خاصّة دون طريفه، والدِّية من طريف ماله فلا يرث منها شيئاً؛ أمّا أمواله القديمة فيرث منها؛ لعدم تحقّق العدوان، وانتفاء التّهمة، وبه قال المالكية، وقولٌ لكلّ من الحنفية والشّافعية والحنابلة، وهو اختيار ابن رشد[٢].

---

(١) انظر: التّمهيد ٢٤٢/١٤، والمهذّب ٦٥٥/٢-٦٥٦، وتكملة المجموع ٤١/١٧.

(٢) قال أبو إسحاق المروزي من الشّافعية: «إذا كان القاتلُ غير مُتَّهَم؛ بأن كان حاكماً فجاء مُوَرِّثُهُ فأقرَّ عنده بقتلِ رجلٍ عمداً، وطلب وليّه القودَ؛ فمَكَّنَه الحاكمُ من قتله، أو اعترف عندنا بالزّنا وهو مُحصَنٌ فرجمه، أو اعترف بقتل الحرابة فقتله؛ فإنّه يرثه؛ لأنّه غير مُتَّهَم في قتله»، انظر:تكملة المجموع ٤١/١٧.

وحكَى ابن رجب في قواعده ص ٤٩٧ عن بعض الحنابلة أنّه قال: «متَى انتفت التّهمة؛ كقتل الصَّبيّ والمجنون، لم يمتنع الإرث»، ثم قال: «وهو أصحّ عندي».

انظر: مختصر القدوري ص ٢٤٦، وبدائع الصّنائع ٣٤٩/٣، ورسالة القيرواني ص ٢٥٥، والمعونة ١٦٥١/٣-١٦٥٢، والاستذكار٥٩/٧، و١٤٣-١٤٤، والتّمهيد ٢٤٢/١٤-٢٤٤، والمنتقى ٨٧/٩، و٨٨، وبداية المجتهد ٢١١/٤، والقوانين الفقهية ص ٢٥٩، والمهذّب ٦٥٥/٢-٦٥٦، وتكملة المجموع ٤١/١٧-٤٢، والمغني ١٥٢/٩، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٦٩/١٨-٣٧٣، ومنتهى الإرادات ٥٤/٢.

وهناك قولٌ بأنّ القتل لا يمنع من الميراث مطلقاً، بل القاتل يرث مقتوله، وهذا مذهب الخوارج.

=

فالضّابط عند المالكية لمنع القاتل من ميراثه من مقتوله هو: تحقّق العدوان والظّلم والفساد مع لُحُوق التّهمة للقاتل؛ فَحيث لَحقَتْ القاتلَ تُهْمَةٌ لا يرثُ مقتولَهُ، وحيث انتفت التُّهْمَةُ وَرِثَهُ، سواء كان عمداً أم غيره، مضموناً أم غير مضمون، قال في المنتقى: «مَنْ لا تَلْحَقُهُ التُّهْمَةُ؛ فإنَّه يَرِثُ مِنَ المالِ؛ كقتل الخطأ»[1].

من أدلّتهم:

١-الأحاديث السّابقة عند أصحاب المذهب الأوّل، إلاّ أنّهم حملوها على قتل عمدٍ عدوانٍ وظلمٍ تَلْحَقُ القَاتلَ فيه تُهمَةٌ[2].

٢-ولأنّ القتل بغيرِ حقٍّ جريمةٌ شنعاء تستحقّ أشدّ العقاب، والظّاهر من حال القاتل أنّه قتل المورِّثَ استعجالاً لحيازة ما في يده من مال؛ فيعاقب بالحرمان منه معاملةً له بنقيض مقصوده، ولكي لا يجترئ الورثة على قتل مورّثيهم.

٣-وأيضاً لأنّ القتل العدواني جريمةٌ محظورةٌ، والميراث نعمةٌ و لم يعهد في الشّرعية أن يكون الفعل المحظور سبباً في النّعمة[3].

=

قال الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ١٤٣/٧: «أجمع العلماءُ على أنّ القاتلَ عمداً لا يرث منْ مقتوله، إلاّ فرقةً شَذّتْ عن الجمهور، كلّهم أهل بدع».
انظر: الاستذكار ١٤٣/٧، و١٤٥، والتّمهيد ٢٤٤/١٤، المنتقى ٨٧/٩-٨٨، وتكملة المجموع ٤٢/١٧، والمغني ١٥٠/٩، والشّرح الكبير ٣٦٩/١٨.

(١) المنتقى للباجي ٨٨/٩، وانظر: بدائع الصّنائع ٤٢٧/٥، والفواكه الدّواني ٢٨١/٢، المهذّب ٦٥٦/٢، والمغني ١٥٢/٩، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٧.

(٢) انظر: الشّرح الكبير ٣٧٢/١٨.

(٣) انظر: التّمهيد ٢٤٢/١٤-٢٤٤، والمنتقى ٨٨/٩، والمهذّب ٦٥٦/٢، وتكملة

=

٤-ولأنّ التّهمة تؤثّر في المواريث في الإدخال والإخراج؛ بدليل أنّ المتزوّج في المرض المخوف لا يرث بالتّهمة بإدخال وارث على ورثته، ولأنّ المطلّقة ترث فيه للتّهمة بمنعها من الميراث، والقاتلَ عمداً مُتَّهَمٌ باستعجال الميراث فمُنِعَ منه[1].

٥-ولأنّ كلّ معنًى لا يَمنعُ التّساوي في الحرمة والدِّين، ولا يُوجِبُ القودَ؛ لا يزيل جهةَ التّوارث؛ فلم يَمْنَعِ الميراث أصله غير القتل من سائر الأفعال؛ كالشّتم والضّرب[2].

٦-ولأنّ الصّبيّ والمجنون والنّائم والنّاسي ومَن في حكمهم لا قصد لهم صحيحٌ، والإثم عنهم مرفوعٌ، فلا يُمْنَعون من الميراث[3].

٧-وأمّا كونه يَرِثُ من أمواله القديمة ولا يرث الدّية؛ فلأنّها وجبت عليه بجناية، والعاقلة تحملها عنه تخفيفاً، ولا يجوز أن يَجنِيَ جنايةً يستحقّ بها مالاً؛ لأنّ الجناية إن لم تلزمه شيئاً، فلا أقلّ أنّها لا تفيده استجلاب مال؛ فلا وجه لتوريثه من مالٍ يجب عليه[4].

والذي يترجّح في نظري هو ما ذهب إليه المالكية، أنّ القتل المانع

= المجموع ٤٢/١٧، والمغني ١٥١/٩، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٧-٤٩٨.

(١) انظر: المعونة ١٦٥٢/٣، والمنتقى ٨٧/٩-٨٨، والمهذّب ٦٥٦/٢، والمنثور ٢٩٧/٢، والمغني ١٥١/٩، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٧-٤٩٨، وشرح منتهى الإرادات ٦٦٤/٤.

(٢) انظر: المعونة ١٦٥٢/٣، والمنتقى ٨٨/٩.

(٣) انظر: الإنصاف ٣٧١/١٨.

(٤) انظر: المعونة ١٦٥٣/٣، والتّمهيد ٢٤٢/١٤-٢٤٤، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٨-٤٩.

من الميراث هو الذي تحقّق فيه عمدٌ أو شبه عمد، عدواناً وظلماً، وتَحيّلاً وفساداً في الأرض، وهو الذي تلحق التّهمةُ صَاحِبَهُ، سواء كان مضموناً أم غير مضمون.

وأمّا غير ذلك فلا يمنع الميراث، بل يجري التّوارث بين قاتل ومقتول، إذا تحقّق أنّه خطأٌ أو ما يجري مجراه، ولا يرث من الدِّية شيئاً، بل من المال القديم، وذلك لِمَا يلي:

لأنّ الله -سبحانه وتعالى- قد تجاوز لهذه الأمّة عن الخطأ والنِّسيان وما استكرهوا عليه، وقتل الخطأ يَحدث كثيراً بدون قصد؛ حتّى إنّ الوالد قد يقتل ولده وفَلَذَةَ كبده من دون أن يشعر، كأن يرجع عليه بالسّيارة أو نحوها فيقتله بلا شعور، فلو منع التّوارُثَ بينهما لكان فيه ظلمٌ وإجحافٌ، وينبغي للقاضي أن يحتاط في مثل هذه الحالات، ويتأكّد أنّ القتل وقع خطأ، وبغير قصد، ولا ريبة ولا تُهمة. والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

تنبيه: حيث تقرّر أنّ القتل يَمنع الميراثَ إنّما يمنع التّوارثَ من جانب واحد فقط، فيمنع القاتلَ من أن يرث من مقتوله، وأمّا المقتول؛ فإنّه يرث من قاتله إن مات قبله[1].

مثال ذلك: لو أنّ زيداً من النّاس قتل أخاه عمراً، ولم تَخرج نفسُ عمرو حتّى قُتلَ زيدٌ بحادثٍ أو نحوه؛ فإنّ عمراً يرث من زيدٍ.

من أدلّة الضّابط:

يستدلّ لثبوت الضّابط وصحّته وحجّيّته بالأدلّة السّابقة عند ذكر مذاهب الفقهاء.

---

(١) انظر: روضة الطّالبين ٦/٣٢، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٨.

من تطبيقات الضّابط:

١-إنّ القتل المانع من الميراث هو: القتل الذي تحقّق فيه: عمدٌ عـدوانٌ، وظلمٌ وفسادٌ في الأرض الذي تكمن فيه التُّهمةُ؛ فالقاتلُ المُتَّهَمُ بالعمد والعدوان، والظّلم والفساد لا يرث مقتوله مطلقاً، لا من تلاد مالـه ولا من طريفه، وهذا بلا خلاف بين الفقهاء(١).

٢-مَنْ قتل مُوَرِّثَهُ عدواناً وفساداً وهو مُتَّهَمٌ؛ كأن قتل رجلٌ زوجَتَـهُ؛ حُرِمَ من الميراث معاملةً له بنقيض مقصوده؛ لأنّ الظّاهر مـن فعـل القاتل هو استعجال حيازة المال بالخلافة عـن المـورّث؛ فيعاقـب بالحرمان منه(٢).

٣-حيث ثبت أنّه لا يرث؛ فإنّه لا يحجب وارثاً؛ لأنّ وجوده كعدمه لا أثر له، كما سيأتي في القاعدة التّالية.

٤-أنّ القتل الذي ليس فيه عمدٌ ولا عدوانٌ، ولا ظلمٌ ولا فسادٌ، وانتفت عن قاتله التّهمة؛ فلا يمنع الميراث، إذا تحقّق انتفاء التّهمة؛ فإنّه يـرث القاتلُ مقتولَهُ والمقتولُ قاتلَهُ حينئذ، سواء كان القتل مضموناً أم غير مضمون، بِمباشرة أم بتسبّب على ما تقدّم بيانه.

٥-فعلى هذا؛ فالقتلُ بِحقٍّ؛ كالقتل قصاصاً، وقتل الصائل دفاعـاً عـن نفسه لا يمنع الميراث على الصّحيح؛ فمَن قام به وإن كان يُسَمَّى قاتلاً إلاّ أنّه يرث مقتوله؛ لأنّه معذورٌ في هذا النّوع من القتل(٣).

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٢٤٦، وتكملـة المجمـوع ١٧/٤١-٤٢، والمغنـي ٩/١٥٠-١٥١، والخلاصة في علم الفرائض ص ٤٧.

(٢) انظر: المنتقى ٩/٨٧-٨٨، والمنثور ٢/٢٩٧، وتكملة المجموع ١٧/٤١، والمغنـي ٩/١٥١، وقواعد ابن رجب ص ٤٩٧-٤٩٨.

(٣) انظر: تكملة المجموع ١٧/٤١-٤٣، والمقنـع والشّـرح الكـبير والإنصـاف =

٦-القتل الصّادر من الصَّبِيّ والمجنون والمخطئ والنّاسي والنّائم لا يمنع الميراث على الصّحيح؛ فمَن قام به وإن كان يُسَمَّى قاتلاً إلاّ أنّه يرث مقتوله؛ لأنّ التّكليف مرفوعٌ عنهم، ولا معنى لرفع التّكليف والإثم عنهما إن مُنعُوا من الميراث، ولأنّ هؤلاء لا قصد لهم صحيحٌ؛ فلا ذنب لهم حتّى يُحرَمُوا ويمنعوا من الميراث[1].

=

١٨/٣٧١-٣٧٣، والخلاصة في علم الفرائض ص ٥٠.

(١) انظر: تكملة المجموع ١٧/٤٣، والإنصاف ١٨/٣٧١، والخلاصة في علم الفرائض ص ٥٠.

المبحث الخامس: الضّابط الثّالث والسّبعون [٧٣]

[مَنْ لا يَرِثُ لا يَحْجِبُ]

ذكر ابن رشد هذا الضّابط ضمن مسائلِ بابٍ في الحجب؛ حيث قال: «وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصّحابة: عليٌّ وزيدٌ وعمر أنّ مَنْ **لا يَرِثُ لا يَحْجِبُ**، مثل: الكافر والمملوك والقاتل عمداً[1].

وكان ابن مسعود يَحْجِبُ بهؤلاء الثّلاثة دون أَنْ يُوَرِّثَهُم، أعني: بأهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمداً[2]، وبه قال داود[3] وأبو ثور[4]»[5].

توثيقه:

هذا الضّابط ورد ذكره أو مفاده في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في الرّسالة الفقهية: «كلّ مَنْ لا يَرِثُ بحَال؛ فَلا يَحْجُبُ وَارِثاً»[6].

ما جاء في الاستذكار: «كلّ مَن لا يَرِثُ إذاً لم يكن دونه وارثٌ؛

---

(١) وبه قال الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة.
انظر: بدائع الصّنائع ٤٣٦/٦، ورسالة القيرواني ص ٢٥٥، والاستذكار ٣٧٧/٤-٣٧٨، وبداية المجتهد ٢١١/٤، والمهذّب ٦٦٤/٢، ومختصر الخرقي والمغني ١٧٥/٩، ومنتهى الإرادات ٣٢/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٦٠/٤.

(٢) انظر: الاستذكار ٣٧٧/٤-٣٧٨.

(٣) انظر: الاستذكار ٣٧٧/٤-٣٧٨، والمغني ١٧٥/٩.

(٤) انظر: المرجع ين السّابقين.

(٥) بداية المجتهد ٢١١/٤-٢١٢.

(٦) رسالة ابن أبي زيد القيرواني ص ٢٥٥، وانظر: المعونة ١٦٦٤/٣، والفواكه الدّواني ٢٨١/٢.

فإنّه لا يَحْجُبُ أحداً عن ميراثه»[1].

ما جاء في المنتقى: «لا يَحْجُبُ مَنْ وُجُودُهُ وعَدَمُهُ سواءٌ في الْحَجْبِ...؛ لأنّ مَنْ لا يَرِثُ لا يَحْجُبُ، ومعنَى ذلك أنّه ليس من أهل الميراث»[2].

ما جاء في المهذّب: «ومَنْ لا يَرِثُ مِمَّن ذكرناه مِن ذوي الأرحام، أو كان عبداً، أو قاتلاً، أو كافراً لم يَحْجُبْ غيره من الميراث؛ لأنّه ليس بوارث، فلم يَحجب كالأجنَبيّ»[3].

ما جاء في روضة الطّالبين: «فرعٌ: جميع ما ذكرناه من الحجب هو فيما إذا كان الحاجبُ وارثاً من الميّت، فإن لم يَرِثْ نُظِرَ؛ إن كان امتناعُ الإرث لنقصٍ كالرّقّ وغيره من الموانع؛ فلا يَحْجُبُ، لا حَجبَ حرمانٍ، ولا حَجْبَ نقصان، وإن كان لا يرث لتقدّم غيره عليه فقد يَحجبُ غيره حجب نقصان»[4].

ما جاء في المختصر: «مَنْ لَمْ يَرِثْ لَمْ يَحْجُبْ»[5]، قال في المغني: «يعني: مَنْ لَم يَرِثْ لِمعنًى فيه؛ كالمخالف في الدِّين، والرّقيق، والقاتل، فهذا لا يَحْجُبُ غيرَهُ في قول عامّة أهل العلم من الصّحابة والتّابعين»[6].

---

(١) الاستذكار ٣٧٧/٤، وانظر: ١٤٤/٧، والمنتقى ٢٦٧/٨، و٨٧/٩، والقوانين الفقهية ص ٢٥٩.

(٢) المنتقى للباجي ٢٦٧/٨-٢٦٨.

(٣) المهذّب للشّيروازي ٦٦٤/٢، وانظر: تكملة المجموع ٨٧/١٧.

(٤) روضة الطّالبين للنّووي ٢٨/٦.

(٥) مختصر الخرقي ١٧٥/٩، وانظر: منتهى الإرادات ٣٢/٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٦٠/٤.

(٦) المغنِي لِموفَّق الدِّين ابن قدامة ١٧٥/٩.

شرح مفردات الضّابط:

مَنْ لا يَرِثُ: أي: المحروم الممنوع من الإرث؛ لِمعنًى قائمٍ به يزيل عنه أهلية الإرث[1].

لا يَحْجُبُ، أي: لا يَمْنَعُ غَيْرَهُ مِنَ الإِرْثِ؛ لعدم صلاحيته لذلك[2].

الْحَجْبُ لغةً: المنع مطلقاً، ومنه الحجاب اسمٌ لِما يستر به الشّيء، ويَمنع من النّظر إليه[3].

وفي اصطلاح الفرضين: هو مَنْعُ مَنْ قام به سببُ الإرث عن الميراث كلّه أو بعضه، بسبب وجود شخصٍ آخر غير مشارك له في سَهمِهِ؛ كحجب الأخ عن الميراث بالابن، وكحجب الجدّ بالأب[4].

والمراد بالمحجوب هنا في هذا الضّابط هو الممنوع المحروم إرثاً وحَجْباً؛ لمعنًى قائمٍ به جعله لا يرث، ولا يَحْجُبُ، ووُجُودُهُ وعَدَمُهُ سواءٌ في الْحَجْبِ، ومعنَى ذلك أنّه ليس من أهل الميراث، وهذا واضحٌ من تَمثيل الإمام ابن رشد بالكافر، والمملوك، والقاتل عمداً[5].

الْمعنَى الإجمالي للضّابط:

هذا الضّابط يتعلّق بِمسألةٍ من أهمّ مسائل علم الفرائض، وبِبَابٍ من أهمّ أبوابه وأعظمها، وهو باب الحجب؛ وقد قال بعض أهل العلم: إنّه

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١٧/٨٨، و٩٠، والمغني ٩/١٧٦.

(٢) انظر: رسالة القيرواني ص ٢٥٥، والمعونة ٣/١٦٦٤، والمنتقى ٨/٢٦٧-٢٦٨.

(٣) انظر: المفردات ص ١١٥، والمصباح المنير ص ٤٧.

(٤) انظر: تكملة المجموع ١٧/٨٨، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٥٣.

(٥) انظر: بداية المجتهد ٤/٢١١، والمنتقى ٨/٢٦٧-٢٦٨.

يَحرُمُ على مَنْ لا يعرف الحجب أن يفتي في الفرائض[(١)]، وذلك لما له من أهمية واضحة ظاهرة في إعطاء كلّ وارث ما يستحقّه شرعاً، من غير زيادة أو نقصان، ومن هنا تأتي أهميةُ هذه القاعدة؛ حيث تُبيِّن مَن يَحْجُبُ ممَّن لا يَحْجُبُ، وتَنُصُّ نصّاً أنّ مَنْ لا يَرِثُ لا يَحْجُبُ، ومَن الذي لا يرث ولا يَحْجُبُ؟

المانع من الميراث هو معنًى يقوم بالشّخص؛ فيُحْرَمُ لأجله من الميراث[(٢)]،والذي لا يرث يطلق عليه في مصطلح علم الفرائض (محجوب)، ويشمل صنفين من النّاس[(٣)]:

الأوّل: صِنْفٌ لا يقوم به سببٌ من أسباب الإرث، ويُسَمَّى بـ (أجنَبِيٍّ)، وهذا لا يرث مطلقاً بلا خلاف بين المسلمين؛ لأنّه ليس له أهليّة الميراث.

الصّنف الثّاني من المحجوبين: صِنْفٌ يقوم به سَبَبٌ من أسباب الإرث، وهذا أيضاً على نوعين:

---

(١) انظر: الخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٥.

(٢) انظر: الاستذكار ٣٧٧/٤، والمنتقى ٢٦٧/٨-٢٦٨، والفواكه الدّواني ٢٨١/٢، وتكملة المجموع ٤١/١٧، والمغني ١٧٥/٩، وشرح منتهى الإرادات ٥٦٠/٤.

(٣) انظر تفاصيل الحجب ومسائله في: المعونة ١٦٦١/٣، و١٦٦٤، والمنتقى ٢٦٧/٨-٢٦٨، وعقد الجواهر ١٢٤١/٣-١٢٤٧، وشرح تنقيح الفصول ص ٣٠٦، والقوانين الفقهية ص ٢٥٤، والفواكه الدّواني ٢٨١/٢، والمهذّب ٦٦٤/٢، وروضة الطّالبين ٢٥/٦-٢٨، وتكملة المجموع ٨٥/١٧، و٨٨، والمغني٩/١٧٥-١٧٦، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف٨٢/١٨، وشرح منتهى الإرادات ٥٥٩/٤، وقواعد السّعدي ص ١٤١، وكتاب الفرائض ص ٧٠، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٢.

أوّلاً: وارثٌ مَحجوبٌ حَجباً قاطعاً، لمعنًى قائمٍ بالشّخص المحروم نفسه، تنتفي به أهليته للإرث؛ يجعل وجودَه كعدمه، ويُصَيِّره مُلْحَقاً بالأجْنبي؛ حيث لا يؤثّر في الميراث لا إرثاً ولا حَجباً، ويطلق عليه في مصطلح علم الفرائض: (مَحْجوبٌ حَجْبَ الوصف)، أو (الممنوع المحروم من الميراث)، وذلك لمعنًى قائمٍ به؛ كالقاتل عمداً، والكافر، والرّقيق؛ فإنّ هؤلاء لا أثر لهم في الميراث لا سلباً ولا إيجاباً؛ لأنّه مَحرومٌ معدومٌ في حقّ الإرث والحجب؛ فلا يرث ولا يَحجبُ غيرَهُ عن الميراث؛ فالقاتل عمداً لا يرث مقتوله، والكافر لا يرث المسلم، والرّقيق لا يرث، لا بقرابة ولا ولاء رحمٍ، ولا مصاهرةٍ؛ لأنّ مَنْ وُجُودُهُ وعدَمُهُ سواءٌ لا يرث ولا يَحجب؛ لأنّه ليس من أهل الميراث؛ فهو كأجنَبِيٍّ محضٍ[1]، وهذا النّوع من الحجب هو المراد به في القاعدة، وهو يدخل على جميع الورثة ذكوراً وإناثاً، أصحاب فروضٍ أو عصبات[2].

ثانياً: وارثٌ مَحجوبٌ من الميراث، تحقّق فيه سبب الإرث، وإنّما مُنِعَ هذا السّبب أن يعمل عمله، ويثبت حكمه لِوجود مَن هو أولَى منه، لا لِمعنًى قائمٍ فيه يحرمه من الميراث، بل لتقديم الحاجب عليه؛ لأنّه أقرب منه إلى المتوفَّى[3]، فوجوده مُؤثّرٌ في الميراث سلباً وإيجاباً، وإن لم يرث،

---

(١) انظر: المنتقى ٢٦٧/٨-٢٦٨، وعقد الجواهر ١٢٤١/٣، والفواكه الدّواني ٢٨١/٢، والمهذّب ٦٦٤/٢، وروضة الطّالبين ٢٨/٦، وتكملة المجموع ٨٨/١٧، و٩٠، والمغني ١٧٦/٩، وقواعد ابن رجب ص ٥٧٣، ق (١٢٠)، وقواعد السّعدي ص ١٤١، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٢.

(٢) انظر: قواعد السّعدي ص ١٤١-١٤٢، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٢.

(٣) انظر: الفواكه الدّواني ٢٨١/٢، وتكملة المجموع ٨٨/١٧، و٩٠، والمغني ١٧٦/٩، وقواعد ابن رجب ص ٥٧٣، ق (١٢٠)، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٢.

ويطلق عليه في مصطلح علم الفرائض: (محجوبٌ حَجْبَ الشّخص)؛ فإنّه قد يَحجُبُ وإن لَم يرث، لأنّ غيره منعه عن الميراث؛ كالأبوين والأخوين من المسلمين؛ فإنّ الأخوين لا يرثان؛ لأنّ الأب يَحجُبُهما، ومع ذلك يَرُدَّان الأمّ إلى السّدس[١].

وكذلك الإخوة من الأم والإخوة للأب مع الزّوج والجدّ؛ فإنّه لا يبقى بعد ميراث الزّوج والجدّ إلاّ الثّلث، والإخوة للأم يَحْجُبون الإخوةَ للأب عنه؛ لأنّهم أهل فرضٍ، والإخوة للأب عصبةٌ، ولا حقّ للعصبة إذا لم يبق شيءٌ بعد ذوي الفروض، ثم الجدّ يَحْجُبُ الإخوةَ للأم؛ لأنّه لا يرث الإخوةُ للأم مع وجود ذَكَرٍ وارثٍ من عمود النَّسَبِ[٢].

وهذا النّوع من المحجوب غير مرادٍ في القاعدة؛ فإنّه يَؤثّر سلباً وإيجاباً، ويَحجب ولو لم يرث، وهو أيضاً على نوعين: حَجبُ إسقاطٍ أو حرمان، وحَجبُ نقلٍ أو نقصان.

وأمّا حَجْبُ الإسقاط أو الحرمان؛ فهو منع الشّخص من الميراث كلّه لوجود شخصٍ آخر؛ كَحجب الأخ بالابن، وحجب الجدّ بالأب، وحجب الجدّة بالأم، وهو يلحق جميعَ الورثة عدا مَنْ ينتسبُ إلى الميّت بنفسه أصلاً؛ كالبنين، والبنات، والآباء والأمّهات، وفي معناهم: الأزواج والزّوجات، ويَلحق مَن عداهم، والضّابط في حجبهم[٣]: أنّ القريب من ذكور الحفدة

---

(١) انظر: المنتقى ٢٦٨/٨، وعقد الجواهر ١٢٤١/٣، وروضة الطّالبين ٢٥/٦، و٢٨.

(٢) انظر: المنتقى ٢٦٨/٨.

(٣) انظر: المعونة ١٦٦١/٣، وعقد الجواهر ١٢٤١/٣-١٢٤٧، والقوانين الفقهية ص ٢٥٤، وروضة الطّالبين ٢٦/٦-٢٨، وتكملة المجموع ٨٨/١٧، و٨٩، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٢-١٢٣.

يَحجب البعيد، والقريب من ذكور الأصول يَحجب البعيد، وكذلك في إناث الأصول، والذّكور من الفروع والأصول يَحجب الحواشي.

والقاعدة التي يجري عليها حجب الحرمان تقوم على أصلين(١):

أحدهما: أنّ كلّ مَنْ يدلِي إلى الميّت بِشخصٍ؛ فإنّه لا يرث مع وجود ذلك الشّخص؛ كابن الابن؛ فإنّه لا يرث مع وجود الابن الصّلبِي، وكالجد؛ فإنّه لا يرث مع وجود الأب، وكالجدّة؛ فإنّها لا ترث مع وجود الأمّ، وذلك لأنّ الْمُدلَى به أقرب من الْمُدلَى؛ فيكون أولَى بالميراث، ويُستَثْنَى من هذه القاعدة أولاد الأمّ؛ فإنّهم يرثون مع وجودها، وإن كانوا يدلون إلى الميّت بها؛ لأنّها لا تستحقّ جميع التّركة بجهة واحدة.

الأصل الثّانِي: أنّ الأقرب درجةً يَحجب الأبعد، وأنّ الأقوى قرابةً في الدّرجة الواحدة يَحجُبُ الأضعف فيها؛ فالأخ لأبٍ يَحجب ابن الأخ الشّقيق؛ لأنّ الأوّل أقرب درجةً، وكذا العمّ لأبٍ يَحجب ابن العمّ الشّقيق للسّبب نفسه، والأخ الشّقيق يَحجب الأخ لأبٍ؛ لأنّ الأوّل أقوى قرابةً من الثّانِي، والأقربُ يَحجبُ الأبعدَ، ولو كان الأقربُ نفسه مَحجوباً، كما لو اجتمع الأب، وأم الأب، وأمّ أمّ الأم؛ فإنّ أمّ الأب تحجب أمّ أمّ الأمّ، وإن كانت أمّ الأبّ محجوبةً بالأب؛ لأنّ الوارث المحجوب حجب حرمانٍ يَحْجبُ غيره عن الميراث؛ لتحقّق أهليّته للميراث، وثبوت سبب الإرث فيه؛ إذ الحرمان لم يكن لِمعنًى قائمٍ فيه نفسه، وإنّما لتقديم الغير عليه، فلولا وجود ذلك الغير لورث، بخلاف

---

(١) انظر: المعونة ١٦٦١/٣، وتكملة المجموع ٨٩/١٧، والمغنِي ١٧٦/٩، وقواعد ابن رجب ص ٥٧٣.

المحروم الممنوع بسببٍ مانعٍ كاختلاف الدِّين والقتل؛ فإنّ المنع لِمعنًى قائمٍ فيه نفسه، فانتفت عنه أهليّة الميراث؛ فصار كالمعدوم في حقّ الإرث، والحجب جميعاً كما تقدّم.

وهذه القواعد تسري في العصبات كما تسري في أصحاب الفروض؛ فالتّرجيح بين العصبات يكون أوّلاً: بالجهة، فإن تساووا في الجهة فالتّرجيح بقرب الدّرجة من الميّت؛ فالأب مُقَدَّمٌ على الجد، وهكذا، وإذا تساووا في الجهة والدّرجة فالتّرجيح بقوّة القرابة؛ فالأخ الشّقيق مُقَدَّمٌ على الأخ لأب، وهكذا[1].

وأمّا حَجْبُ النّقل أو النّقصان؛ فهو نقل وارثٍ من سهمٍ أكثرَ إلى سهمٍ أقلَّ، وبعبارةٍ أخرى: منعُ الوارث من أوفر حظَّيْه؛ لوجود شخصٍ آخر، وهذا النّوع يدخل على الورثة الذين لهم فرضان، وهم: الأمّ، والزّوج، والزّوجة، والبنت، وبنت الابن، والأخت الشّقيقة، والأخت لأب، والإخوة لأمٍّ، كما يدخل على العصبات كذلك عند الازدحام، وهو أيضاً على نوعين:

الأوّل: حجب نقصان سببُهُ انتقال الوارث من نصيبٍ إلى نصيبٍ آخر، وهو على أربعة أوجه[2]:

١-نقلٌ مِن فرضٍ إلى فرضٍ أقلَّ؛ كانتقال الزّوج من النّصف إلى الرّبع، أو الزّوجة من الرّبع إلى الثّمن عند وجود الفرع الوارث، وانتقال الأمّ

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١٧/٩٠.

(٢) انظر: المعونة ٣/١٦٦٢-١٦٦٣، وعقد الجواهر ٣/١٢٤٢-١٢٤٣، وقواعد ابن رجب ص ٥٧٣، وكتاب الفرائض ص ٧٠-٧٣، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٣.

من الثّلث إلى السّدس لوجود الفرع الوارث، أو أكثر من واحدٍ من الإخوة والأخوات.

٢-نقلٌ من تعصيبٍ إلى تعصيبٍ أقلَّ منه؛ كانتقال الأخت لغير الأمّ من التّعصيب مع الغير إلى التّعصيب بالغير.

٣-نقلٌ مِن فرضٍ إلى تعصيبٍ أقلَّ منه، يختصّ بالبنات وبنات الابن، والأخوات الأشقّاء، والأخوات للأب، إذا كان مع إحداهُنّ مَنْ يُعَصِّبُهَا من الذُّكور، ينتقلن من الفرض إلى التّعصيب بالغير.

٤-نقلٌ مِن تعصيبٍ إلى فرضٍ أقلَّ، يختصّ بالأب والجدّ، ينقلهما الابن وابنه من الإرث بالتّعصيب إلى الإرث بالفرض وهو السّدس، ولا يرثان مع هذين الابنين بالتّعصيب، وكذلك إذا استغرقت السّهام المال؛ فإنّه يُفْرَضُ لأيّهما كان السّدسُ، كزوجٍ، وابنتين، وأمٍ، وأبٍ أو جدٌّ.

النّوع الثّاني: حجب نقصان سببه ازدحام الورثة في الفرض، أو في التّعصيب؛ وذلك لكثرتهم، وهو أيضاً على ثلاثة أوجه:

١-ازْدِحَامٌ في فرضٍ؛ كازدحام البنات في الثّلثين، والزّوجات في الرّبع أو الثّمن.

٢-ازْدِحَامٌ في تعصيبٍ؛ كازدحام العصبة في المال، أو فيما أبقت الفروض.

٣-ازْدِحَامٌ بسبب العَول[1]؛ كازدحام أصحاب الفروض في الأصول التي يدخلها العول؛ إذ يأخذ كلّ واحدٍ فرضه ناقصاً.

وفي إطلاق الحجب على بعض ما تقدّم نوعٌ من التّسامح والتّوسّع،

---

(١) العول هو زيادةٌ في مجموع سهام الورثة عن أصل المسألة، ينتج عنه نقصٌ في نصيب كلّ وارث، وهو نقيض الرّدّ.
انظر: رسالة القيرواني ص ٢٥٧، والمهذّب ٦٦٤/٢، وتكملة المجموع ٩٢/١٧، و٩٦، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٩٣-٢٩٤، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٤٦.

وإلاّ فليس من الحجب انتقاص حصص أصحاب الفرائض بسبب اجتماع مَنْ يُجانِسهم عن حالة الانفراد؛ كالزّوجات مثلاً؛ فإنّ فرض زوجةٍ واحدة إذا انفردت الرّبع أو الثّمن؛ فإذا اجتمعت معها غيرها من الزّوجات زاحمتها في ذلك الفرض فيقلّ نصيبها تبعاً لذلك(١).

كما أنّه ليس من الحجب استغراق الفروض للتّركة؛ بحيث لا يبقى للعاصب شيءٌ، كما في زوجٍ، وأختٍ شقيقةٍ، وأخٍ لأب؛ فإنّه لا شيء للأخ لأب؛ لأنّه عاصبٌ، ولم يبق له شيءٌ بعد الفرائض؛ لأنّ الزّوج له النّصفُ، والأخت الشّقيقة لها النّصف، ولا شيء للأخ من الأب، ولا يُسَمَّى اصطلاحاً مَحجوباً أو مَحروماً(٢).

وأيضاً ليس من الحجب انتقاص السّهام بالعول عندما تزيد السّهام على أصل المسألة(٣).

إذا ثبت هذا؛ فإنّ هناك فرقاً بين الوارث المحروم الممنوع، والوارث المحجوب من وجهين(٤):

أحدهما: من حيث الحقيقة؛ فإنّ الوارث المحروم الممنوع قد قام به سببٌ من أسباب الإرث من قرابةٍ أو زوجيةٍ أو ولاء، وقد تحقّق فيه شروط الإرث، لكن قام به معنًى من المعانِي المانعة المحرِّمة؛ كالقتل، واختلاف الدِّين، والرّقّ أخرجه عن أهليّة الميراث؛ فالمحروم الممنوع قد

---

(١) انظر: المعونة ١٦٦١/٣، وتكملة المجموع ٨٨/١٧، و٨٩.
(٢) انظر: تكملة المجموع ٨٨/١٧.
(٣) انظر: تكملة المجموع ٨٨/١٧.
(٤) انظر: تكملة المجموع ٨٨/١٧-٩٠، والمغنِي ١٧٦/٩، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٤.

اجتمع فيه المقتضي والمانعُ في آنٍ واحد، وإذا اجتمع إباحةٌ وحظرٌ قدّم الحظر على الإباحة، ويترك مباحٌ مع ثبوت الحرمة[١]، وبهذا لا يعمل السّببُ عَمَلَهُ هنا، ويغلّب جانب المنع فيحرم من الميراث.

وأمّا الوارث المحجوب فقد قام به سببٌ من أسباب الإرث، وتحقّق الشّرط، وانتفى عنه المانع، ولكن وُجِدَ معه مَنْ هو أَولَى منه بالميراث، فُحجب لتقدّمه عليه.

الوجه الثّاني: من حيث الأثر؛ فإنّ الوارث المحجوب قد يَحْجُبُ غيره عند جمهور الفقهاء، كما في أبٍ وأمٍ وإخوةٍ متعدّدين؛ فإنّ الإخوة مَحجوبون بالأب، وهم مع ذلك يَحجبون الأمّ من الثّلث إلى السّدس.

وأمّا الوارث المحروم الممنوع؛ فلا يرث ولا يَحجُب غيره أصلاً؛ لأنّه مُلْحَقٌ بالعدم، وذلك كالابن القاتل لأبيه مع بنت ابنٍ؛ فإنّ الميراث كلّه يكون لبنت الابن، ولا أثر لوجود الابن القاتل.

موقف المذاهب الفقهية من الضّابط:

هذا الضّابط مجمعٌ عليه لدى فقهاء الأمصار في الجملة؛ حيث أُثر عن عمر بن الخطاب، وعليّ بن أبي طالب وزيدٍ -رضي الله عنهم-، ولم يُعلَم لهم مخالفٌ من الصّحابة فكان إجماعاً[٢].

وإن كان عبد الله بن مسعود من الصّحابة تفرّد بالقول بأنّ الكافرَ

---

(١) انظر: فتح الباري ١٢/٣٩.

(٢) حكَى الإجماع غير واحد من أهل العلم.

انظر: المعونة ٣/١٦٧٥، والاستذكار ٤/٣٧٧-٣٧٨، والمنتقى ٨/٢٦٧-٢٦٨، و٩/٨٨، والمهذّب ٢/٦٦٤، وتكملة المجموع ١٧/٨٩، والمغني ٩/١٧٥.

والعبدَ والقاتلَ يَحجبون، وإن كانوا لا يرثون، وبه قال الظّاهرية[(١)].

من أدلّة الضّابط:

يستدلّ لثبوت الضّابط وصحّته وحجّيّته بما يلي:

١-حديث عمر بن الخطاب ﷺ: قال رسول الله ﷺ: «ليس لِقَاتِلٍ شيءٌ»[(٢)].

قال في التّمهيد: «وفي هذا الحديث أيضاً أنّ القاتل لا يرث، ولا يَحْجُبُ، ألا ترى أنّ عمر ردّ إلى ابن قتادة الْمدلجي ديةَ أخيه، ولم يعط الأب منها شيئاً، وقال لأخي المتقول: خذها؛ فإنّي سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: (ليس لِقَاتِلٍ شيءٌ)»[(٣)].

٢-ما أُثِرَ عن عمر بن الخطاب ﷺ: «لا يَحْجُبُ مَنْ لا يَرِثُ»[(٤)].

٣-ما أُثِرَ عن عليّ بن أبي طالب ﷺ: «لا يَحْجُبُ مَنْ لا يَرِثُ بِحَالٍ مِن الأحوال»[(٥)].

٤-ولأنّ كلّ مَنْ لا مدخل له في الإرث بِحالٍ من الأحوال، فلا مدخل له في الحجب، أصله ذوو الأرحام[(٦)].

---

(١) انظر: المعونة ١٦٧٥/٣، والاستذكار ٣٧٧/٤-٣٧٨، وتكملة المجموع ٨٩/١٧.

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة [٧٢] ، من أدلّة المذهب الأوّل، مسألة: تحديد القتل المانع.

(٣) التّمهيد للحافظ ابن عبد البرّ ٢٤٢/١٤، وانظر: المغني ١٥٠/٩-١٥١.

(٤) أخرجه عبد الرّزّاق في مصنّفه ٢٨٠/١٠،برقم:(١٩١٠٤)، وابن أبي شيبة في مصنّفه ٢٥١/٦،برقم:(٣١١٤٧)،والبيهقي في السّنن الكبرى٢٢٣/٦، برقم:(١٢٠٣٩).
أورده الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ٣٧٨/٤.

(٥) أخرجه عبدالرّزّاق في مصنّفه٢٨١/١٠، برقم:(١٩١٠٨)، ابن أبي شيبة في مصنّفه ٢٥٤/٦، برقم: (٣١١٨٤)، وأورده الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار٣٧٨/٤.

(٦) انظر: المعونة ١٦٧٥/٣، والمنتقى ٢٦٧/٨-٢٦٨.

٥-ولأنّه غير وارث فلم يحجب غيره كالأجنبي[١].

من تطبيقات الضّابط:

١٢- مَن لا يرث من ذي رحمٍ، أو كافرٍ، أو عبد، أو قاتلِ عمدٍ فلا يَحْجُبُ أحداً، بل وجوده كعدمه، فهو كأجَنَبيٍّ[٢].

١٣- لو أنّ رجلاً مسلماً تُوُفِّيَ وترك أباً كافراً، وأخاً مسلماً؛ ورثه أخوه دون أبيه، ولو ترك أبوين مسلمين، وأخوين كافرين لورثت الأمّ الثّلثَ ولم يَحْجُبْها الأخوان الكافران عن الثّلث إلى السّدس؛ لأنّ مَنْ لا يَرِثُ لا يَحْجُبُ، ومعنَى ذلك أنّه ليس من أهل الميراث[٣].

١٤- لو هلك شخصٌ عن: زوجةٍ، وأمٍّ، وابنِ قاتلٍ؛ فإنّ الابن القاتل لا يرث شيئاً؛ لأنّه قام به مانعٌ من موانع الإرث، وهو القتل؛ فلا يرث ولا يَحجب، وبالتّالي فإنّ الزّوجة تأخذ الرّبع، والأمّ تأخذ الثّلث، ولا يؤثّر وجود الابن القاتل على ميراث كلّ منهما؛ لكونه مَحجوباً بالوصف، فوجود كعدمه[٤].

فائدةٌ: أذكر فيها أهمّ ضوابط الحجب[٥]:

---

(١) انظر: المنتقى ٨/٢٦٧-٢٦٨، وتكملة المجموع ١٧/٨٧، والمغني ٩/١٧٦.

(٢) انظر: المعونة ٣/١٦٦٤، و١٦٧٥، والاستذكار ٤/٣٧٧، والمنتقى ٨/٢٦٧، وشرح زروق على القيرواني ٢/٣٢٦، والمهذّب ٢/٦٦٤، وروضة الطّالبين ٦/٢٨، وتكملة المجموع ١٧/٨٧.

(٣) انظر: المنتقى ٨/٢٦٧-٢٦٨، والمهذّب ٢/٦٦٤، والمغني ٩/١٧٦.

(٤) انظر: الخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٤.

(٥) وقد تقدّم أغلبها في ثنايا البحث، وأجملتها هنا للفائدة، وانظر: قواعد ابن رجب ص ٥٧٣، ق (١٢٠)، و٦٦٧، ق (١٤٨)، وكتاب الفرائض ص ٧٢-٧٦، والخلاصة في علم الفرائض ص ١٢٥.

١- أنّ كلّ ذكرٍ من الفروع يَحجب مَنْ تَحته، سواء أكان مِن نوعه أم لا.

٢- البنات لا يَحجبن مَنْ تَحتهنّ إلاّ إذا استغرقن الثّلثين، و لم يكن مع مَنْ تَحتَهنّ مُعَصِّبٌ في درجتهنّ أو أنزل.

٣- كلّ وارث من الأصول يَحجب مَنْ فوقه إذا كان من جنسه؛ فالأبُ يَحْجُبُ الجَدَّ، والأمّ تَحْجُبُ الجدَّةَ، ولا يَحْجُبُهُ إذا لم يكن مِن جنسه؛ فالأب لا يَحجب الجدّة، والأمّ لا تَحجب الجدَّ.

٤- لا إرث للحواشي مطلقاً؛ ذكوراً كانوا أم إناثاً مع ذكر الأصول والفروع، إلاّ الإخوة مع الجدّ عند مَنْ قال بتوريثهم معه.

٥- لا يُحجَبُ أحدٌ من الحواشي مطلقاً بإناث الفروع والأصول إلاّ الإخوة لأمٍّ؛ فإنّهم يُحجَبون بالفرع الوارث المؤنَّث؛ البنت، وبنت الابن.

٦- الأبوان والولدان والزّوجان لا يُحجَبُون حَجْبَ حرمان أبداً، إلاّ إذا قام بأحدهم مانعٌ من موانع الإرث؛ وهي: الرّقّ، والقتل، واختلاف الدِّين، على القاعدة.

٧- مَنْ أَدْلَى بواسطةٍ حَجَبَتْهُ تلك الواسطةُ في الغالب؛ كابن الابن مع الابن، إلاّ الإخوةَ مع الأم.

٨- إذا اجتمع عاصبان فأكثر؛ قُدِّمَ الأقدمُ جِهةً على ترتيب الجهات؛ كالابن مع الأب؛ فإنّ التّعصيب يكون للابن؛ لأنّه أقدم جهةً، وإن اتَّحَدَ الموجودان في الجهة؛ قُدِّمَ الأقربُ إلى الميّت؛ فلو اجتمع ابنٌ، وابنُ ابنٍ، قُدِّمَ الابنُ؛ لأنّه الأقرب للميّت، فإن تساوى العاصبان في الجهة والقُرب؛ قُدِّمَ الأقوى منهما؛ كما لو اجتمع أخٌ شقيقٌ، وأخٌ لأبٍ؛ فإنّ الأخ الشّقيق مُقَدَّمٌ على الأخ لأب؛ لكونه مُدلِياً للميّت بأبوين.

٩- الفروع لا يَحْجُبُهم إلاّ فروعٌ، ويتفرّع منه:

أ- أنّ كلّ ذكرٍ من الفروع يَحجب مَن كان أَنْزل منه، ذكراً كان أو أُنْثَى؛ فابن الابن لا يَحجبه إلاّ الابنُ، أو ابن الابن الأعلَى منه.

ب- أنّ الأُنْثَى من الفروع لا تَحجبُ أحداً من الفروع، فالبنت أو البنات لا يَحجُبْنَ أولاد البنين، وأمّا عدم إرث بنات الابن مع العدد من إناث الفروع اللائي أعلى منهنّ؛ فإنّه بسبب استغراق إناث الفروع الثّلثين، وليس حجباً.

١٠-الأصول لا يَحْجُبُهم إلاّ أصولٌ؛ فالجدّ لا يَحْجُبُهُ إلاّ الأبُ، أو الجدّ الأقرب للميّت منه، ويتفرّع منه:

أ- أنّ ذكور الأصول لا يَحجبهم إلاّ ذكور الأصول.

ب- أنّ إناث الأصول لا يَحجبُهنّ إلاّ إناث الأصول.

١١-الحواشي؛ يَحْجُبُهم الفروع والأصول والحواشي؛ فالأخ لأبٍ يُحْجَبُ مثلاً بالابن، وبالأب، والأخ الشّقيق، ويتفرّع منه:

أ- أنّ كلّ ذكرٍ من الفروع يَحْجُبُ الحواشي جميعاً.

ب- أنّ الأُنْثَى من الفروع لا تَحْجُبُ من الحواشي غير أولاد الأمّ.

ت- أنّ كلّ ذكرٍ من الأصول يَحجب الحواشي جميعاً على الصّحيح في الجدّ مع الإخوة.

ث- أنّ الأُنْثَى من الأصول لا تَحجب أحداً من الحواشي.

ج- أنّ كلّ فردٍ من الحواشي (ذكراً كان أو أُنْثًى) يَحْجُبُ كلَّ مَنْ دونه جهةً، أو درجةً، أو قوّةً إذا كان وارثاً بالتّعصيب، إلاّ ولد الأمّ فلا يَحْجُبُهم إلاّ الفرع الوارث مطلقاً، أو الأصل الذّكر الوارث.

والله -سبحانه- أعلم بالصّواب، وله الحمد والنّعمة، وبه التّوفيق والعصمة.



الفصل الثّالث: القواعد والضّوابط المتعلِّقة بالضّمان.

وفيه ستّة مباحث:

٧٤- **المبحث الأوّل**: قاعدة: الواجب في ضمان المتلفات: العين، وإلاّ فالمثل، وإلاّ فالقيمة.

٧٥- **المبحث الثّاني**: قاعدة: القبض شرطٌ في دخول المبيع في ضمان المشتري.

٧٦- **المبحث الثّالث**: قاعدة: المباشرة توجب الضّمان.

٧٧- **المبحث الرّابع**: قاعدة: الأصل أنّ المتعدِّي ضامنٌ.

٧٨- **المبحث الخامس**: قاعدة: الضّمان لا يتعلّق بِمعدومٍ قطعاً.

٧٩- **المبحث السّادس**: قاعدة: ما في الذّمّة لا يتحول ويعود أمانةً

المبحث الأوّل: القاعدة الرّابعة والسّبعون [٧٤]

[الوَاجِبُ في ضَمانِ المُتْلَفَات: العَينُ، وإلاّ فالمِثْلُ، وإلاّ فالقِيمَةُ]

هذه القاعدة مستخرجةٌ من كلام الإمام ابن رشد في موضعين:

الأوّل: ضمن مسائل العيوب التي توجب الحكم، في مسألة كون التّصرية عيباً، ذكرها في سياق ذكره لأدلّة الحنفية حيث قال: «والتّصرية عند مالك والشّافعي عيبٌ[١]، وهو حقن اللّبن في الثّدي أياماً حتّى يوهم ذلك أنّ الحيوان ذو لَبَنٍ غَزير، وحُجّتهم حديث المصراة المشهور، وهو قوله ﷺ: (لا تُصَرُّوا الإبلَ والبقر، فَمَن فَعَلَ ذلك فهو بخير النّظرين: إن شاء أمسكها، وإن شاء رَدَّها وصاعاً من تَمْرٍ)[٢]، قالوا: فأثبت له الخيار بالرّدّ مع التّصريّة، وذلك دالٌّ على

---

(١) وبه قال الحنابلة.

انظر: والاستذكار ٤٩٧/٥، و٥٤٥-٥٥١، والتّمهيد١٢/٢٨٠-٢٨٩، والمنتقى ٩١/٦، وبداية المجتهد ٣٣٨/٣، والمهذّب٧٩/٢، وقواعد العزّ ١٨١/١، والمجموع ١٣٤/٩، والمنثور ٨٠/٢، ومختصر الخرقي والمغني ٢١٦/٦، وعارضة الأحوذي ٢٥٧/٥-٣٦٧، وفتح الباري ٤٢٤/٤، و٤٢٧-٤٣٠.

وهذا هو الحقّ، قال الحافظ ابن عبد البرّ في الاستذكار ٥٤٩/٥، و٥٥٠: «حديث المصراة حديثٌ ثابتٌ صحيحٌ، لا يدفعه أحدٌ من أهل العلم بالحديث، ومعناه صحيحٌ في أصول السّنة...»، إلى أن قال: «لم يختلف العلماء أنّ المصراة إذا ردّها مشتريها بعيب التّصرية، أو بعيب غير التّصرية لم يرد اللّبن الحادث في ملكه...».

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة [٤٧] خيار (٣) التّغرير.

كونه عَيباً مؤثِّراً[١].

قالوا: -وأيضاً- فإنّه مُدَلِّسٌ؛ فأشبه التّدليس بسائر العيوب[٢].

وقال أبو حنيفة وأصحابه[٣]: ليست التّصريّة عيباً؛ للاتّفاق على أنّ الإنسان إذا اشترى شاةً فخرج لَبَنُها قليلاً أنّ ذلك ليس بعيب، قالوا: وحديث المصراة يَجب أن لا يوجب عملاً؛ لمفارقته الأصول...، منها: أنّ **الأصل في المتلفات إمّا القيم، وإمّا المثل**، وإعطاء صاعٍ من تَمرٍ في لَبنٍ ليس قيمةً ولا مثلاً»[٤].

الموضع الثّاني: ضمن مسائل باب الضّمان؛ في الرّكن الثّالث وهو الواجب في الغصب[٥]؛ حيث قال: «الواجب على الغاصب إن كان المال قائماً

---

(١) انظر: صحيح البخاري ٤/٤٢٤، والنّهاية ٣/٢٧، وشرح مسلم ١٠/٤٠٠-٤٠١، وفتح الباري ٤/٤٢٣-٤٢٤، والمراجع السّابقة عند توثيق قول الجمهور.
وقد خالف الحنفية في أصل مسألة ردّ بعيب التّصريّة، وقولهم في مقابلة النّصّ الصّريح الثّابت.
انظر: والاستذكار ٥/٥٤٦، وبداية المجتهد ٣/٣٣٨، ومختصر الخرقي مع المغني ٦/٢١٦-٢١٧، وفتح الباري ٤/٤٢٧.

(٢) انظر: الاستذكار ٥/٥٤٩-٥٥١، والمنتقى ٦/٩١.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٨١، والهداية ٣/٣٥، وانظر أيضاً: المعونة ٢/١٠٧٣، والاستذكار ٥/٥٤٩، والمغني ٦/٢١٦، وفتح الباري ٤/٤٢٧، و٤٢٨.

(٤) بداية المجتهد ٣/٣٣٨-٣٣٩.

(٥) الغصب لغةً: الأخذ قَهراً وظُلْماً. انظر: المصباح المنير ص ١٧٠.
وفي الاصطلاح، اختلفت عبارات الفقهاء في حدّه، خصوصاً بين الجمهور وبين الحنفية، ولعلّ من أحسن ما قيل فيه ما ذكره المرداوي في الإنصاف ١٥/١١٣، بقوله: هو: (استيلاءُ غير حَرْبيٍّ عُرفاً، على حقِّ غيره، قهراً بغير حقٍّ)، وتعريف المالكية والشّافعية قريبٌ من هذا.

=

عنده بعينه لَم تدخله زيادةٌ ولا نقصانٌ أن يردَّهُ بعينه، وهذا لا خلاف فيه، فإذا ذهبت عينُهُ؛ فإنّهم اتّفقوا على أنّه إن كان مكيلاً أو موزوناً أنّ على الغاصب المثل، أعنِي: مثل ما استهلك صفةً ووزناً»[1].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها، ومفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في عيون المسائل: أنّ مَن غُصِبَ له عبدٌ أو شيءٌ ممّا يُكالُ أو يُوزَن بالخيار إن شاء أخذه من الغاصب، وإن كان أقلّ قيمةً فهو بالخيار إن شاء أخذها، وإن شاء أخذ قيمتها من الموضع الذي غصب[2].

ما جاء في المختصر: «مَنْ غصب شيئاً ممّا له مِثْلٌ فهلك في يده فعليه ضَمان مِثْله، وإن كان مِمّا لا مِثْلَ له فعليه قيمته، وعلى الغاصب ردّ العين المغصوبة»[3].

=

وأمّا الحنفية؛ فإنّهم اشترطوا إزالة يد المالك عن المغصوب، وأيضاً الفعل في المال بقولهم: (هو: إزالة يد المالك عن ماله المتقوَّم على سبيل المجاهرة والمغالبة، بفعلٍ في المال)، وذلك بناءً على مذهبهم في عدم ثبوت الغصب في العقّارات، إلاّ فيما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ، خلافاً للجمهور، ومذهب الجمهور هو الصّواب، كما سيتبيّن قريباً إن شاء الله.

وانظر: بدائع الصّنائع ١٣١/٦، و١٣٥-١٣٦، والهداية ١١/٤، و١٩، وأنيس الفقهاء ص ١٠٠، والمقدّمات ٤٨٩/٢، وجامع الأمّهات ص ٤٠٩، وعقد الجواهر ٨٦٣/٣، والقوانين الفقهية ص ٢١٦، وحدود ابن عرفة ٤٦٦/٢-٤٦٩، وروضة الطّالبين٣/٥، وتكملة المجموع٢٣٣/١٤،و٢٣٥،والمقنع والشرح الكبير والإنصاف ١١١/١٥-١١٣، ومنتقى الإرادات ٣٦٣/١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٠١.

(١) بداية المجتهد ١٣٨/٤.

(٢) انظر:عيون المسائل للسّمرقندي الحنفي ص١١٨،وانظر:مختصر القدوري ص١٢٩.

(٣) مختصر القدوري ص ١٢٩، وانظر: بدائع الصّنائع ١٤٣/٦، و١٥٧، والهداية

=

ما جاء في بدائع الصّنائع: «...فإن كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبيٌّ ضمن قيمته إن كان ممّا لا مِثْلَ له، ومِثْلَهُ إن كان ممّا له مِثْلٌ»[١].

وفيه أيضاً: «فالواجب به -الإتلاف- ما هو الواجب بالغصب. وهو ضمان المثل إن كان المُتْلَف مِثْلِيّاً، وضمان القيمة إن كان ممّا لا مِثْلَ له؛ لأنّ ضمان الإتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلاّ بالمثل؛ فعند الإمكان يجب العمل بالمثل المطلق، وهو المثل صورةً ومعنًى، وعند التعذّر يجب المِثْلُ معنًى، وهو القيمة»[٢].

ما جاء في المنتقى: «الغصب تعدٍّ يضمن به الغاصبُ؛ فعليه أن يردّ ما غصبه ويسلّمه إلى صاحبه؛ فإن لَم يفعل وفاته ذلك؛ فعليه بدلُهُ من مِثْلٍ، أو قيمةٍ إن كان مِمَّا لا مِثْلَ له»[٣].

ما جاء في الفواكه الدّواني: «المضمون، وهو المثل إن كانت مثليّةً، والقيمة إن كانت مُقَوَّمةً»[٤].

ما جاء في المهذّب: إن كان المغصوب باقياً لزمه ردّه، وإن تلف في يد الغاصب أو أتلفه لم يخل إمّا أن يكون له مِثلٌ فيجب المثل، أو لا مِثل له ضمنه بالقيمة[٥].

=

٧٣/٣، و٤/١١-١٣.

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٢٣٦/٥.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ١٧١/٦.

(٣) المنتقى للباجي ٢٩٩/٧، و٣٠٥، وانظر: المعونة ١٢١٤/٢، والمقدّمات ٤٩١/٢، والقوانين الفقهية ص ٢١٦-٢١٧، والمحلّى ٤٣٠/٦.

(٤) الفواكه الدّواني للنّفراوي ١٨٧/٢، و١٩١.

(٥) انظر: المهذّب للشيرازي٣١٨/٢-٣٢٠، وانظر:روضة الطّالبين ١٨/٥، وتكملة =

ما جاء في المنثور[١]: «أمّا ردّ المضمون فأقسامٌ:

الأوّل: ما عينه موجودةٌ فيكلّف ردّه إلاّ أن يختار المالك خلافه.

الثّاني: أن تنقص العين فيردّها وقيمة نقصها، إن لم يوجد مِثْلُ النّقص؛ كَحنْطَة نَقَصَ منها جزءٌ.

الثّالث: أن تفوت العين فيلزمه مِثْلُهَا؛ كالحنطة والزّيت؛ لأنّ المثل موجودٌ في نفسه، ويسقط الاجتهاد في القيمة.

-**الرّابع**-: وما ليس له مِثْلٌ، أو لا يُمكن فعلُ المثل؛ كشقّ ثوب رجلٍ فلا يشقّ ثوب الآخر؛ لأنّ ذلك فسادٌ عليهما في الأموال، وكلّ ما كان مِثْلُهُ من جنسه يتفاضل، ولا يَتحصّل فالرّجوع إلى القيمة؛ كالإحراق بالنّار، والرّمْي بالشّيء في البحر.

قال: وأمّا الجنايات في النّفوس؛ فإنّ المثل فيها معدومٌ؛ فَيُعْدَلُ إلى القيمة، ومنه الدِّية في الأحرار والقيمة في العبيد».

ما جاء في المقنع: ضمان المتلفات: مِثْلُه إن كان مِثْليّاً، وقيمته إن كان مُتَقَوَّماً[٢].

شرح مفردات القاعدة:

الواجب: المراد به هنا: الحقّ الثّابت اللازم في مقابل تعدِّيه أو تفريطه[٣].

=

المجموع ١٤/٢٣٦.

(١) المنثور للزّركشي ٢/٧٥، وانظر: وقواعد العزّ ١/١٨٠-١٨١، وفتح الباري ٤/٤٢٨، و٤٢٩.

(٢) انظر: المقنع والشّرح الكبير والإنصاف١٥/١٢٧، و٢٥٤، ونيل الأرب ص٢١٣.

(٣) انظر: المصباح المنير ٢٤٨.

ضمان المتلفات؛ الضّمان لغةً الالتزام[١]، وأتلف شيئاً يتلفه إتلافاً، وهو مُتْلَفٌ، والإتلاف هو الإهلاك والإفناء[٢].

والإتلاف في اصطلاح الفقهاء هو: إفناء عين الشّيء، أو إخراجه عن أن يكون مُنْتَفعاً به منفعةً مطلوبةً منه عادةً مع بقاء العين، وهذا اعتداء عينه وإضرار[٣].

وضمان المتلفات في اصطلاح الفقهاء: ردّ مثل التّالف إذا كان مِثْليّاً، أو قيمته إذا كان لا مثل له[٤].

العين: لغة تطلق على عدّة معانٍ[٥] منها: الشَّيء نفسه، ومنه يقال: أخذت مالي بعَينه، وأخذت مالِي نفسه.

وهو المعنَى المراد هنا؛ حيوانٌ أو غيره من جمادات[٦].

المِثْل: يستعمل في اللّغة على ثلاثة أوجه: بِمعنَى الشّبيه والنّظير، وبِمعنَى الشّيء نفسه وذاته، وزائدة، والجمع: أمثال، ويوصف به المذكّر والمؤنّث والجمع؛ فيقال: هو وهي وهما وهم وَهُنَّ: مثله[٧].

---

(١) انظر: المصباح المنير ص ١٣٨.

(٢) انظر: مختار الصّحاح ص ٧٨، والمصباح المنير ص ٣٠.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٣٦، و١٦٥، والمعونة ٢/١٢١٣، والمنتقى ٧/٢٩٨، والقوانين الفقهية ص ٢١٧، والمهذّب ٢/٣١٨-٣١٩، وشرح المنظومة السّعدية للعويد ص ٢٠٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩.

(٤) انظر: المعونة٢/١٢١٢،و١٢١٤،والمنتقى٧/٢٩٧-٢٩٩،والمهذّب٢/٣١٨-٣٢٠، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٥/٢٥٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٥٦.

(٥) ومنها: العين الباصرة، وعين الماء، وعين الشّمس، والعين الجارية، والعين الطّليعة، والنّقد، يقال: اشتريت بالدَّين أو بالعين. انظر: المصباح المنير ص ١٦٧.

(٦) انظر: عقد الجواهر ٣/٨٦٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٩٥.

(٧) انظر: المصباح المنير ص ٢١٥.

والمِثْلُ عبارةٌ عن المشابهة لِغيره في معنًى من المعانِي، أيَّ معنًى كان، وهو أعمّ الألفاظ الموضوعة للمشابهة، وذلك أنّ النِّدَّ يقال فيما يشارك في الجوهر فقط، والشَّبْهَ يقال فيما يشارك في الكيفيّة فقط، والمساوي يقال فيما يشارك في الكمّيّة فقط، والشّكل يقال فيما يشاركه في القدر والمساحة فقط، والمثل عامٌّ في جميع ذلك، لذا خصّه الله -سبحانه وتعالى- لَمّا أراد نفي التّشبيه من كلّ وجه[1] بقوله: ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِۦ شَىْءٌ ۖ وَهُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْبَصِيرُ﴾[2].

والمثل في اصطلاح الفقهاء:تساوي جميع الأوصاف في الشّيءِ المُمَاثِلِ مع الأصل[3]، أو هو ما تَمَاثَلت أجزاؤه في الخلقة والصّورة والجنس[4].

والمِثْليُّ نسبة إلى المِثْل، أي:له مِثْلٌ شكلاً وصورةً من أصل الخلقة[5].

القيمة: يقَال: قَوَّمْتُه تقويماً، بِمعنَى: عَدَّلْتُه فتعدّل، وقوّمتُ المتاعَ، جعلتْ له قيمةً معلومةً[6].

وهي في اصطلاح الفقهاء: الثّمن الذي يُقَوَّمُ به المتا ع، أي: يقوم مقامه.

أو هي:الثّمن الذي يقدّره المقوِّمون للسِّلعة أو الشّيء،والجمع: القِيَم.

---

(١) انظر: المفردات ص ٤٦٥.

(٢) سورة الشّورى، الآية: ١١.

(٣) انظر: المعونة ١٢١٢/٢، والمنتقى ٢٩٧/٧-٢٩٨، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٧٤.

(٤) انظر: عقد الجواهر ٨٦٧/٣، والمهذّب ٣١٩/٢، والشّرح الكبير ٢٥٥/١٥، وفتح الباري ١٥٠/٥.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٣/٦، والمعونة ١٢١٢/٢، و١٢١٤، وروضة الطّالبين ١٨/٥، وشرح منتهى الإرادات ١٥٨/٤-١٥٩، وقواعد السّعدي ص ٥٠، والمصباح المنير ص ١٩٩.

(٦) انظر: المصباح المنير ص ١٩٩.

والقِيَميُّ: نسبة إلى القيمة على لفظها[١].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

الإسلام بشرائعه كفيلٌ بِتنظيم حياة البشرية، وبِحسن تدبيرها، فهي الوحيدة التي تحفظ الإنسان من العدم إلى الوجود، ثم تحفظ حياته حياةً سليمةً آمنةً مطمئنةً، وتحفظ وجوده من الإعدام ظلماً وعدواناً، كما يضمن له حفظ أمواله وممتلكاته، فالأنفسُ والحقوقُ والأموالُ المعصومةُ يَحرم الاعتداء عليها بأيّ وجه من الوجوه، وإذا اعتدَى عليها معتد فإنّ الإسلام شرع جوابر وزواجر[٢]، ومن ذلك شرعية ضمان الاعتداء، جَبراً لما قد تفوت من المصالح، لذلك يستوي في وجوب ضمان المتلفات العَمد والخطأ؛ لأنّ النِّسيان إنّما يسقط عن الإنسان فيما يتعلّق بنفسه لا فيما يتعلّق بغيره؛ فليس على غيره نسيانه وخطؤه، ولو كان ذلك لتداعَى النّاس النِّسيان والخطأ فتساقطت الحقوق، إلاّ أنّ العامد يغرم البدل وعليه الإثم، والمخطئ والنّاسي ونحوهما لا إثم عليهم[٣]، فالجناية على الأموال والحقوق لو لم يجب فيها البدل لاجترأ النّاس بعضهم على أموال بعضٍ؛ فإذا ثبت ذلك فعلى الْمُتْلِفِ دفع بدل الْمُتْلَف إلى صاحبه، والبدل نوعان:

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٥/٣٢٣، والمنتقى ٧/٢٩٧-٢٩٨، والشّرح الكبير ١٥/٢٥٥، وفتح الباري ٥/١٨٢-١٨٣، والمصباح المنير ص ١٩٨-١٩٩، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٤٢.

(٢) انظر: الذّخيرة ٣/٣٠١-٣٠٣، و٣٢٣، وقواعد العزّ ١/١٧٨-١٩٥، وقواعد السّعدي ص ٤٣، ق (١٣).

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٢/٤٣٧، والذّخيرة ٣/٣٠١، و٣٢٣، والقوانين الفقهية ص ٢١٨، والمهذّب ٢/٣١٨-٣٢٠، والمنثور ٢/٧٤، والإنصاف ١٥/٢٩٧، وفتح الباري ٥/١٩١-١٩٢، و١٢/٢٦٩، وقواعد السّعدي ص ٤٣.

مِثْلِيٌّ وقِيمِيٌّ[(١)].

ولِضَمان الأنفس والحقوق والأموال أركانٌ ثلاثة: الموجِب للضّمان، وما يجب فيه الضّمان، والواجب[(٢)].

الرّكن الأوّل: الموجِب للضّمان، الأصل عدم الضّمان، وإنّما أساس التّضمين في الإسلام مُتَوَقِّفٌ على عدم جواز الفعل، وهو التّعدِّي والظّلم والعدوان؛ لأنّ الظّلم والعدوان والاعتداء علّة الضّمان[(٣)].

بناء على ذلك؛ فإنَّ موجِبَ الضّمان هو التّعدِّي، وهو إمّا بالغصب، أو بغير الغصب من سائر وجوه التّعدِّي؛ كالتصرّف في الأمانة، أو بالتّفريط؛ ذلك أنّ التعدِّي هو: الانتفاع بِمِلك الغير بغير حقٍّ، دون قصد تَمَلُّك الرّقبة، أو إتلافه، أو بعضه دون قَصد تَمَلُّكه، وإن قصد تَمَلُّكَ الرّقبة فهو غصبٌ؛ فالتّعدِّي أعمّ من الغصب؛ لأنَّ التّعَدِّي يكون في الأنفس، والفروج، والأموال، والأبدان، وسائر الحقوق[(٤)].

والتّعدِّي في الأموال وسائر الحقوق يكون في أسبابٍ أربعة، متى

---

(١) انظر: المعونة ١٢١٢/٢، و١٢١٤، وشرح منتهى الإرادات ١٦/٤.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٨٦٣/٣، وقواعد السّعدي ص ٤٣، ق (١٣).

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٢٣/٥، و٣٢٤، والفروق ٢٩/٤، و١٨٥، والذّخيرة ٣١٧/٣، و٤٣/٥، و٢٤٥/٧، و١١٠/٨.

(٤) ذكر ابن جُزَيّ في قوانينه الفقهية ص ٢١٦، عشرة أوجه لأخذ أموال النّاس بالباطل، وكلّها حرامٌ، والحكم فيها مختلفٌ.

انظر: المعونة ١٢١١/٢، و١٢١٤، والمقدّمات ٤٨٩/٢، وعقد الجواهر ٨٥٠/٢-٨٥٣، والقوانين الفقهية ص ٢١٦، و٢١٨، وشرح حدود ابن عرفة ٤٦٨/٢-٤٦٩، وروضة الطّالبين ١٢/٥، والمنثور ٧٢/٢، و٧٤، و٧٩، وتكملة المجموع ٢٠٥/١٤، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٧-٤٥٩، وقواعد السّعدي ص ٤٣، و١٣٨.

وجد واحدٌ منها وجب الضّمان، ومَتَى لم يوجد منها واحدٌ لَم يجب الضّمان وهي [1]:

السّبب الأوّل: أخذ الرّقبة أو المنفعة بقصد التّملّك.

السّبب الثّاني: التّفويت والإتلاف بالاستهلاك، مباشرةً؛ كإحراق الثّوب، وقتل الحيوان المعصوم، وأكل الطّعام ونحو ذلك من وجوه التّفويت، وهو إتلافٌ، وإتلاف مالٍ مَملوكٍ للغير بغير إذنه يوجب الضّمان، ولا شكّ في أنّ الإتلاف سببٌ لوجوب الضّمان عند استجماع شرائط الوجوب؛ لأنّ إتلاف الشّيء وإفساده هو: إخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعةً مطلوبةً منه عادَةً، وهو اعتداء عينه، وإضراره.

السّبب الثّالث: الإتلاف والاستهلاك والتّفويت تسبّباً؛ كفتح حانوت

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص١٢٩-١٣٠، وبدائع الصّنائع٤/٣٤٧، و٤٨٢، و٥/٢٣٧، و٣٢٤، و٤٢٧، و٦/١٤٣، و١٦٥-١٦٩، والهداية٤/١١، ورسالة القيرواني ص٢٣٢، والمعونة ٢/١٢١١، و١٢١٣، و١٢١٤، و١٢٢١، و٣/١٣٧٠، والمنتقى ٧/٢٩٧-٣١٥، وبداية المجتهد ٤/١٣٧، وعقد الجواهر ٣/٨٦٣-٨٦٧، و١١٨٠-١١٨١، والفروق٤/٢٧-٣٢، ف(٢١٧)، و١٨٣، ف(٢٤٧)، والذّخيرة ٣/٣٠٢، و٣٢٣، و٥/٤٣، و٧/٢٤٥، و٨/١١٠، والقوانين الفقهية ص ٢١٨، و٢٢٠، وشرحي زروق ٢/٢١٢، والفواكه الدّواني ٢/١٩١، والمهذّب ٢/٣١٩-٣٢٦، و٣٣٩-٣٤٠، وقواعد العزّ ١/١٨٠-١٨١، و٢/١٥٤-١٥٧، وروضة الطّالبين ٥/٤-١٢، و٢٧، و٩/٣١٣-٣١٨، والمنثور ٢/٧٢، و٧٤، وفتح الباري ١٢/٢٦٦-٢٧٠، وأشباه السّيوطي ص ٥٧٨-٥٧٩، وتكملة المجموع ١٤/٢٧٩، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٥/١١١، و١٢٧، و٢٩٧-٣٢٩، وقواعد ابن رجب ص ١٩٣، و٤٥٢، ق (٨٩)، و٤٧٥، ونيل الأرب ص ٢١٣، والمحلّى ٦/٤٢٩-٤٣٠، و٤٣٩.

لرجلٍ وتركه مفتوحاً فسرق، أو فتح قفص طائرٍ فطار، أو حلّ قيد دابةٍ فهربت، أو حلّ عبدٍ موثقٍ فأبق، أو حفر بئرٍ في موضعٍ لم يؤذن فيه، ووضع السّموم في الأطعمة، ووقود النّار بقرب الزّرع، والرّجوع عن الشّهادة، ونحو ذلك ممّا شأنه في العادة أن يفضي غالباً للإتلاف، ومَنْ فعل شيئاً من ذلك فهو ضامنٌ لما استهلكه، أو أتلفه، أو تسبّب في إتلافه، سواء كان ذلك كلّه عمداً أم خطأً.

السّبب الرّابع: وضع اليد غير المؤتمنة؛ فيندرج فيه: يد الغاصب، والبائع يضمن المبيع الذي يتعلّق به حقّ توفية قبل القبض؛ فإنّ ضمان المبيع هذا شأنه منه؛ لأنّ يده غير مؤتمنة، ويد المتعدّي بالدّابة في الإجارة، ونحوها، ويخرج بهذا القيد يد المودَع، وعامل القراض، ويد المساقي ونحوهم؛ فإنّهم أمناء فلا يضمنون.

والتّعبير بـ (اليد غير المؤتمنة) أدقّ من (اليد العاديّة)؛ لأنّه غير جامعٍ؛ لعدم دخول بعض الصّور فيه، وإنّما يندرج فيه الغاصب.

والمتعدّي قد يكون آثماً كما في الغصب، فيجمع بين الإثم الذي يلحقه، وضمان العين المغصوبة[1].

وقد يكون غير آثمٍ لوجود إذنٍ إمّا شرعيٍّ أو عرفيٍّ؛ وذلك كالمضطرّ يُتْلف حَقّ غيره لسدّ رمقه حال المخمصة، فهذا وإن كان عليه ضمان الحَقّ، إلاّ أنّه لا يأثَم[2]، لذلك قال الإمام ابن رشد: «والضّمان عند الفقهاء

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٦/١٣٩، والهداية٤/١١، ورسالة القيرواني ص٢٣٢، والذّخيرة ٧/٢٤٥، وقواعد العزّ ١/١٧٨، و٢/٨٧، وقواعد السّعدي ص ٤٣، و٤٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦٤/٣١٠، ١٧١/، والفروق٤/٩، و٢٧، و١٨٥، وقواعد =

على وجهين: بالتّعدِّي، أو لِمَكان المصلحة وحفظ الأموال»[١].

الرّكن الثّاني: الموجَب فيه[٢]، والمعتدَى عليه المُتْلَفُ الذي يجب فيه الضّمان، وهو كلّ مالٍ معصومٍ أو ما جرى مجرى المال أُتْلفَت عينُهُ، أو تلفت تحت اليد غير المؤتمنة، بأمرٍ من السّماء، أو سلطت اليد عليه وتَمَلَّك، وتشمل إتلاف أنفسٍ وأموالٍ، والأموال؛ إمّا عينٌ أو منفعةٌ، والعين تنقسم إلى حيوانٍ أو غيره من جمادات؛ فالحيوان كلّه؛ الرّقيق وغيره يضمن عند التّلف بقيمته يوم الغصب، وقيل: بأرفع القيم ما بين زمنَي الغصب والتّلف.

وأمّا الجمادات؛ فكلّ مُتَمَوَّل معصومٍ لصاحبه مَضمونٌ؛ فلا تضمن الخمر للمسلم، وتُضْمَنُ للذّمّيِّ، وقيل: لا تُضْمَنُ مطلقاً.

وأمّا منفعة الأعيان وتشمل: منافع الأموال، والبضع، وبدن الحرّ، فلا تخلو إمّا أن يكون التّعدِّي فيها بالغصب، أو بغيره من سائر وجوه التّعدِّي، فإن كان بغير الغصب من سائر وجوه التّعدِّي فهي مضمونةٌ بالإجماع، وكذلك تُضْمَنُ بأجرة المثل في الغصب على الصّحيح، والقول بِضمان منافع الأعيان المباحة والمتقوَّمة، غير المحرَّمة مطلقاً، سواء في العقود الفاسدة أو الصّحيحة هو مذهب الشّافعية والحنابلة وقولٌ للمالكية[٣]؛ لأنّ المنافع هي الغرض الأظهر من

=

العزّ ١٧٨/١، و٨٧/٢، وروضة الطّالبين ٥٧/٥، والمنثور ٧٧/٢، وقواعد ابن رجب ص ١٣٣، ونيل الأرب ص ١٣٣.

(١) بداية المجتهد ٤٤٠/٣.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٨٦٤/٣-٨٦٧، وروضة الطّالبين ١٢/٥-١٨، و٢٧، والمقنع ١١٧/١٥.

(٣) انظر: الذّخيرة ٣٠٣/٣، والقوانين الفقهية ص ٢١٨، والمهذّب ٣٢٥/٢، وقواعد

=

جميع الأموال.

خلافاً للحنفية المالكية في قول؛ حيث قالوا: إنّ الغاصب لا يضمن منافع ما غصبه إلاّ أن ينقص باستعماله؛ فيغرم النّقصان، وبه قال المالكية فيما إذا لم ينتفع به الغاصب بوجه من وجوه الانتفاع فلا شيءَ عليه[1].

وما ذهب إليه الشّافعية والحنابلة أولَى؛ لأنّه متعدٍّ بغصبه، والأصل أنّ المتعدِّي ضامنٌ، قال في عقد الجواهر: «الصّحيح أنّ المنافع مالٌ، وأنّها مضمونةٌ، سواء تلفت تحت اليد العادية، أم أتلفها المعتدي»[2].

أمّا التّعدِّي بالغصب فالمغصوب لا يخلو من أن يكون باقياً بحاله فعليه رَدُّهُ، وإن كان ممّا لا أُجْرَةَ لمثْله؛ كالطّعام والدّراهم والدّنانير فقد برئت ذمّتُهُ بعد ردّه من حكم الغصب، سواء كانت قيمته نقصت في الأسواق، أم أرخصت الأسعار، أم لا؛ لأنّ بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السّوق.

وإن كان ممّا لمثْله أُجْرَةٌ؛ كالدّواب، والآلات، وسيارات الأجرة (التّاكسي)، والدّراجات، والآلات الكاتبة أو الحاسبة، ونحو ذلك فعليه مع ردّ العين ضمان أجرة المثل إن كان لمثْلِ زمان الغصب أُجْرَةٌ عرفاً، وعليه مؤنة الرّدّ إن لزمت.

=

العزّ ١٨٣/١، وروضة الطّالبين ١٣/٥-١٥، و٢٧، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف٢٧٧/١٥، وقواعد ابن رجب ص٤٥٧-٤٥٩، ونيل الأرب ص٢١٣.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٣٠، وبدائع الصّنائع ٤٣١/٥، و١٤٠/٦، و١٤٦-١٤٩، و١٥٩، و١٦٦، والهداية ١٣/٤-١٤، و١٥-١٦، و١٨، و٢٠، وأنيس الفقهاء ص ١٠٠، والمعونة ١٢١٧/٢، والمنتقى ٢٩٨/٧، وعقد الجواهر ٨٦٥/٣، والفروق ٣٠/٤، والذّخيرة ٣٠٢/٣-٣٠٣، والشّرح الكبير ٢٧٨/١٥.

(٢) عقد الجواهر لابن شاس ٨٦٦/٣.

وإن كان المغصوب تالفاً فهو مضمونٌ على الغاصب، سواء تلف بفعله، أم بغير فعله، فيضمنه بمثْله إن كان مثْليّاً، وبقيمته إن لم يكن مثْليّاً[1].

من أوجه إتلاف الموجَبات المتلَفات[2]:

الأوّل: إتلافها كلّها، وهو الإتلاف الكلّيّ، فالواجب هنا المثل، وإلاّ فالقيمة.

الوجه الثّاني: إتلافٌ فاحشٌ، وهو ما تبقى معه العين، ولكن يبطل به عامّة المنافع، أو ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة، ويبقى بعض العين وبعض المنفعة؛ بحيث لا يمكن معه الانتفاع بها، ولا يحصل المقصود منها، فصاحب الحقّ مُخيَّرٌ بين أخذ العين وأرش النّقص، أو يضمن له المثل، وإلاّ فالقيمة، فَمَن اعتدى على سيارة فأتلفها بإحراق أو غيره من وجوه الإتلاف والإهلاك بالكلّيّة، فإنّه يضمنها، وإن حازها فعليه ردّ عينها، وإن أتلف جزءاً منها ضمنه، وضمن منافعها بأجرة مثلها؛ لأنّه متعدٍّ والمتعدّي ضامنٌ.

الوجه الثّالث: إتْلافٌ يسيرٌ، وهو ما تبقى معه العين، ولا يفوت به شيءٌ من المنفعة، وإنّما يدخل فيه النّقصُ؛ فهذا يردّ العين مع ضمان النّقص.

---

(١) انظر: الذّخيرة ٣/٣٠٢، وقواعد العزّ ١/١٨٠، وتكملة المجموع ١٤/٢٣٦، والمقنع ١٥/١٨٦.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٩-١٣٠، وبدائع الصّنائع ٦/١٣٦، و١٦٥-١٦٩، والهداية ٤/١٣، و١٧، ورسالة القيرواني ص ٢٣٢، والمعونة ٢/١٢١٣، و١٢١٧، والمنتقى ٧/٢٩٨-٣٠٥، وعقد الجواهر ٣/٨٦٤-٨٦٥-٨٦٧، و٨٧٥، والفروق ٤/٣٠-٣٢، والقوانين الفقهية ص ٢١٧، وحدود ابن عرفة ٢/٤٦٩، والمهذّب ٢/٣١٩-٣٢٥، وقواعد العزّ ١/١٨٠-١٨١، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٧-٤٥٩، ونيل الأرب ص ١٢٣.

ووجوب الضّمان ثابتٌ بجميع وجوه التّعدِّي فيما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ بالإجماع، وكذلك يجب الضّمان فيما لا يُنْقَلُ ولا يُحَوَّلُ مثل العقار والأراضي بسائر وجوه التَعَدِّي[1] عدا ثبوت ضمان الغصب في العقارات، ففيه خلافٌ جارٍ بين الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّها تضمن بالغصب كسائر وجوه التّعدِّي، وذلك بوضع اليد غير المؤتمنة عليها، فتضمن قيمتها وأجرة مثلها إن انهدمت وبقيت تحت يده مدّة، أو قيمتها إن لم تبق عنده، أو برفع اليد عنها إن لم تتعرّض لأيّ ضررٍ، وتضمن أجرة مثلها إن بقيت تحت يده مدّة تجب الأجرة في مثلها، وبه قال الجمهور: المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية وبعض الحنفية[2].

من أدلّتهم:

١-قوله -تعالى-: ﴿وَكَانَ وَرَآءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾[3]، ووجه ذلك؛ حيث جعل الغصب مصدر الأخذ؛ فدلّ أنّ الغصب والأخذ

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٩، وبدائع الصّنائع ١٣١/٦، و١٣٥، ١٦٦، والهداية ١٢/٤، والمعونة ١٢١٤/٢، والمنتقى ٢٩٨/٧-٣٠٢، وبداية المجتهد ١٣٧/٤، وعقد الجواهر ٨٦٤/٣، والقوانين الفقهية ص ٢١٧، وروضة الطّالبين ٨/٥، وتكملة المجموع ٢٣٥/١٤، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١٤/١٥-١١٥، و١١٦، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٧، ق (٩١)، والمحلّى ٤٤١/٦.

(٢) وهو قول محمّد بن الحسن وقول أبي يوسف الأوّل.
انظر: مختصر القدوري ص ١٢٩، والهداية ١٢/٤، والمعونة ١٢١٤/٢، والمنتقى ٢٩٨/٧، وبداية المجتهد ١٣٧/٤-١٣٨، والقوانين الفقهية ص ٢١٧، وروضة الطّالبين ٨/٥، والمقنع ١١٤/١٥، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٧، والمحلّى ٤٤١/٦.

(٣) سورة الكهف، الآية: ٧٩.

واحدٌ، والأخذ إثبات اليد، إلاّ أنّ الإثبات إذا كان بإذن المالك يُسَمَّى إيداعاً، وإعارةً وإبضاعاً في عرف الشّرع، وإذا كان بغير إذن المالك يُسَمَّى في متعارف الشّرع غصباً[1].

أجاب الحنفية عن استدلالاهم بالآية بأنّ الله -سبحانه وتعالى- فَسَّرَ أخذ الملك تلك السّفينة بغصبه إيّاها؛ كأنّه يقول سبحانه وتعالى: وَكَانَ وَرَاءَهُم مَلِكٌ يَغصِبُ كلّ سفينة، وهذا لا يدلّ على أنّ كلّ أخذ غصبٌ، بل هي حُجّةٌ عليكم؛ لأنّ غصبَ ذلك الملك كان إثبات اليد على السّفينة مع إزالة أيدي المساكين عنها؛ فدلّ على أنّ الغصب إثباتٌ على وجهٍ يتضمّن الإزالة[2].

٢-ولأنّ الغصب إنّما جُعِلَ سبباً لوجوب الضّمان بوصف كونه تَعَدِّياً، والتّعدِّي هو: الانتفاع بملك الغير بغير إذنه، دون قصد تَمَلُّك الرّقبة، فإذا وقع الإثبات بغير إذن المالك وقع تعدِّياً، وإذا وجد فيه قصد تَمَلُّك الرّقبة وقع غصباً؛ فيكون سبباً لوجوب الضّمان بوصف كونه تَعدِّياً غاصباً، وهذا يمكن تصوّره في العقّارات كالمنقولات والمحوَّلات[3].

أجابوا عنه بأنّ كون الغصب إنّما أوجب الضّمان لكونه تعدِّياً مُسَلَّمٌ، لكن التّعدي في الإزالة لا في الإثبات؛ لأنّ وقوعه تعدِّياً بوقوعه ضارّاً بالمالك، وذلك بإخراجه من أن يكون منتفعاً به في حقّ المالك،

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٣١/٦، و١٤٥، والذّخيرة ٣١٨/٨، والفواكه الدّواني ١٩١/٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٣١/٦-١٣٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٣١/٦، و١٣٥، و١٣٩-١٤٠، و١٤٥، والذّخيرة ٣١٨/٨، وشرح حدود ابن عرفة ٤٦٩/٢، وروضة الطّالبين ٨/٥، والشّرح الكبير والإنصاف ١١٥/١٥-١١٦.

وإعجازه عن الانتفاع به، وهو تفسير تفويت اليد وإزالتها، فأمّا مُجرّد الإثبات فلا ضرر فيه فلم يكن الإثبات تعدِّياً(١).

٣-لِتَصَوُّرِ إثبات اليد عليها؛ كالمنقول والمحوَّل، ومِن ضرورته زوال يد المالك؛ لاستحالة اجتماع اليدين على مَحَلٍّ واحدٍ في حالةٍ واحدة؛ فيتحقّق الوصف، وهو الغصب؛ فصار كالمنقول والمحوَّل وجحود الوديعة(٢).

٤-ولأنّ هذا معنًى يُضْمَنُ به ما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ؛ فَيُضْمَنُ به ما لا يُنْقَلُ ولا يُحَوَّلُ كالقبض في البيع، وكالإتلاف والاستهلاك، واعتباراً بما يُنْقَلُ ويُحَوَّل بعلّة أنّها أعيانٌ مقصورةٌ، ولأنّ الغصب سببٌ للضّمان فوجب أن يضمن به العقار والنّخل كالإتلاف به(٣).

٥-ولأنّ العقارات مضمونةٌ في البيع، وما ضُمِنَ في البيع وجب ضمانه في الغصب؛ كالمنقول(٤).

المذهب الثّاني: أنّ ما لا يُنْقَلُ ولا يُحَوَّلُ كالعقّار لا يضمن بالغصب، وبه قال الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد(٥).

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٣٢/٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٣٥/٦-١٣٦، والهداية ١٣/٤، وعقد الجواهر ٨٥٣/٣، و٨٦٤، والإنصاف ١١٥/١٥.

(٣) انظر: المعونة ١٢١٤/٢، والمنتقى ٢٩٨/٧-٢٩٩، والذّخيرة ٣١٨/٨، والمهذّب ٣١٨/٢.

(٤) انظر: الشّرح الكبير ١١٦/١٥.

(٥) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٩، وبدائع الصّنائع ١٣٦/٦، و١٦٦، والهداية ١٢/٤، وبداية المجتهد ١٣٨/٤، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١٥/١٥، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٧.

من أدلّتهم:

١-إنّ المالك استحقّ إزالة يد الغاصب عن الضّمان، فلا بدّ أن يكون الغصب منه إزالة يد المالك؛ لأنّ الله تبارك وتعالى لَم يشرع الاعتداء إلاّ بالمثل بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[١]، قالوا: وحقيقة الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعلٍ في العين، وهذا يتحقّق في المنقول والمحوَّل، ولا يُتَصوَّر في غيره كالعقار؛ لأنّ إزالة اليد بالنّقل، ولأنّ يد المالك لا يزول إلاّ بإخراجه عنها، وهو فعلٌ في المنقول لا في العقّار[٢].

٢-ولأنّ ضمان الغصب لا يخلو إمّا أن يكون ضمان زجرٍ، وإمّا أن يكون ضمان جَبرٍ، ولا سبيل إلى الأوّل؛ لأنّه يجب على مَنْ ليس من أهل الزّجر، ولأنَّ الانزجار لا يحصل به فدلّ أنّه ضمان جَبرٍ، والجبر يستدعي الفوات؛ فدلّ أنّه لا بدّ من التّفويت لِتحقّق الغصب[٣].

وسبب اختلافهم: هل وضع يد المتعدِّي على العقار مثل وضع يده على ما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ؟ فَمَن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضّمان، وهم الجمهور، ومَن فرّق بين الحكمين، ولم يجعل حكم ذلك واحداً قال: لا ضمان، وهم الحنفية[٤].

والذي يترجّح في نظري هو ما ذهب إليه الجمهور، بأنّ العقّار

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.
(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٣١/٦، و١٣٦، والهداية ١٢/٤-١٣، والشّرح الكبير ١١٥/١٥.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٣١/٦.
(٤) انظر: الهداية ١٢/٤-١٣، وبداية المجتهد ١٣٨/٤.

تضمن بوضع اليد غير المؤتمنة عليها كالمنقول والمحوّل، ولا فرق.

وهذه المسألة نظيرة مسألة القبض في العقود، وقد تقرّر أنّ حقيقة القبض هي التّخلية بين العاقد والمعقود عليه، وتَمكين العاقد من المعقود عليه، وكذلك ينبغي أن تكون حقيقة وضع اليد غير المؤتمنة على عين بالحيلولة دون العين وصاحبها، وعدم التّخلية بينه وبينها؛ بحيث لا يتمكّن من الوصول إليها، ولا الانتفاع بها، عكس حقيقة القبض، وهذا يتصوّر من العقّارات، كما يتصوّر من المنقولات والمحوَّلات.

ولازم قول الحنفية في جعل القبض مُجرّدَ التّخلية والتّمكين، وسوّوا بين المنقولات والمحوَّلات، وبين العقّارات بلا قيدٍ، أن يقولوا هنا: إنّ الغصب هو مُجرّد الحيلولة[1].

ويثبت الغصب في العقّار بالدّخول، وإزعاج المالك، وبالاستيلاء بأيّ طريقٍ كان وإن لم يسكن[2].

مِمَّا يشترط في المتلفات المضمونة وما لا يشترط[3]:

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٩/٢، و٦١٧، و٤٨٦/٣، و٧٥/٤، و٣٤١، و٣٧٣، و٣٨٤، و٣٩٤، و٤٩٠-٤٩٣، و٤٩٨-٥٠٤، و٥١١، و١٧١/٥، و١٨٧، و٢٠٤، و٢٠٥، و١٦٥/٦، والهداية ١٢/٤-١٣.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٨٦٤/٣، وروضة الطّالبين ٨/٥، والشّرح الكبير والإنصاف ١١٥/١٥-١١٦، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٧.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٣٦/٦، و١٦٨-١٦٩-١٧١، والمعونة ١٣٧٠/٣، وعقد الجواهر ٨٦٥/٣، والفروق ١٨٥/٤، و١٨٧، والمهذّب ٣٣٧/٢-٣٣٩، وروضة الطّالبين ١٤/٥-١٥-١٨-٢٠، والمنثور ٧٣/٢، و٨١، و٨٨، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١١٧/١٥-١١٨، و١٢٣، و١٢٥، و٢٩٧، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٧-٤٥٩، وقواعد السّعدي ص ٤٣، والمحلّى ٤٢٩/٦، و٤٤٣.

كونها مالاً أو ما يجري مجرى مال، وأمّا ما ليس بمال كالحرّ فلا يضمن بالغصب، وأمّا بالإتلاف والتّفويت فإنّه مضمونٌ به مباشرةً كان أو تسبّباً، عمداً كان أو خطأ، وكذا أجرة مثله إن استعمله.

أن يكون مُحترَماً شرعاً، فلا يَجب الضّمان بإتلاف مال غير مُحتَرَم شرعاً؛ كمال الحربي، والصّائل، والعبد في حال قطعه الطّريق، ونحوه.

أن يكون مُتقَوَّماً؛ فلا يجب الضّمان بإتلاف مال غير متقوَّم؛ كالخمر والخنزير على المسلم، سواء كان المتلف مسلماً أم ذمّيّاً، لسقوط تقوّم الخمر والخنزير في حقّ المسلم.

أن يكون مَملوكاً، فلا يجب الضّمان بإتلاف المباحات التي لا يملكها أحدٌ، وقد نوقش هذا الشّرط؛ بأنّ كون الشّيء مَملوكاً في نفسه ليس بشرط لوجوب الضّمان؛ فإنّ الموقوف مضمونٌ بالإتلاف وليس بمَملوك أصلاً.

أن يكون المُتْلفُ من أهل وجوب الضّمان عليه، والمقصود أن يكون آدَميّاً، مُكَلَّفاً كان ذلك الآدَمِيُّ أو غَيْرَ مُكَلَّف؛ فإنّهما سواء في وجوب ردّ العين، أو في وجوب ضمان مثْله إن كانت تالفةً، أو لَم يقدر عليه؛ أمّا البهيمةُ فلا ضمان عليها، ولا على أصحابها فيما أَتْلَفَته من مال إنسان؛ لأنّ فعل العجماء جُبارٌ؛ فكان هدراً، ولا إتلاف من مالكها فلا يجب الضّمان عليه، وتُستَثنَى أحوالٌ يأتي ذكرها في القاعدة السّادسة والسّبعين إن شاء الله حيث ذكرت هنا.

ولا يشترط العلم بكون المُتْلَف مالاً للغير لوجوب الضّمان؛ حتّى لو أتلف مالاً على ظنّ أنّه ملكه ثم تبيّن أنّه ملْكٌ لغيره ضمنه؛ لأنّ الإتلاف أمرٌ حقيقيٌّ لا يتوقّف وجوده على العلم، إلاّ أنّه لو علم بذلك وتعمّد

الإتلاف تعدِّياً ظلماً وعدواناً فيجمع بين الإثم والضّمان معاً، وإذا لَم يعلم يضمن ولا يلحقه إثْمٌ؛ لأنّ الخطأ مرفوع الْمؤاخذة شرعاً؛ فكلّ يدٍ ترتّبت على يد الغاصب فهي يد ضمانٍ؛ فيتخيّر المالك عند التّلف بين مطالبة الغاصب، ومَن ترتّبت يده على يده، سواء علم المغصوب أم لا؛ لأنّه أثبت يده عل مال غيره بغير إذنه؛ والجهل ليس مسقطاً للضّمان[1].

وكذا لا يشترط القصد لضمان الإتلاف، متَى حصل الإتلاف بسببٍ من أسبابه ضمنه ولو خطأ؛ لأنّ الخطأ والعمد في أموال النّاس سواء[2].

الرّكن الثّالث: الواجب في ضمان اليد غير المؤتمنة، وهو الجوابر المتعلّقة بالأموال، فالأصل فيها[3]:

- ردّ العين، أي: ردّ الحقوق بأعيانها عند الإمكان، إن كانت قائمةً عنده بعينه، لم تدخله زيادةٌ ولا نقصانٌ، وهذا بلا خلاف، وإن لَم

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤٣٧/١، و١٧١/٦، وعقد الجواهر ٨٦٤/٣، والذّخيرة ٣٠٢/٣، و٣٢٣، والمهذّب ٣٣٦/٢، وروضة الطّالبين ٩/٥-١١، والمقنع والشّرح الكبير ٢٤٣/١٥-٢٤٥، وقواعد ابن رجب ص ٤٦٣، ق (٩٣)، و٤٧٥، ق (٩٥)، وقواعد السّعدي ص ٤٣، وفتح الباري ٢٦٩/١٢.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤٣٧/٢، والذّخيرة ٣٠١/٣، والفواكه الدّواني ١٨٦/٢-١٨٧، وروضة الطّالبين ٨/٥، والمنثور ٧٤/٢، والإنصاف ٢٩٧/١٥، وقواعد السّعدي ص ٤٣، ق (١٣)، وفتح الباري ٢٦٩/١٢.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٢٤/٥، ورسالة القيرواني ص ٢٣٢، والمعونة ١٢١٣/٢-١٢١٥،والمنتقى٢٩٩/٧، والمقدّمات ٤٩١/٢، والذّخيرة ٣٠١/٣-٣٠٣، و٣٢٣، وشرح زروق ٢١٧/٢، والمهذّب ٣١٨/٢-٣٢٠، وقواعد العزّ ١٨٠/١-١٨١، وروضة الطّالبين ١٨/٥-٢١، والمنثور ٧٩/٢-٨١، والشّرح الكبير١٨٦/١٥، وشرح منتهى الإرادات ١٥٨/٤-١٦٠، وفتح الباري٤٢٨/٤، و٤٢٩.

يدخله تغييرٌ فليس له إلاّ ماله عينه، ولا يؤثّر في ضمانه تغيير الأسواق بزيادة أو بنقصانٍ، ولا طول مُدَّةٍ.

- ردّ المثل إذا تعذّر العين.
- ردّ القيمة إذا تعذّر المثل.

أمّا وجوب ردّ العين إن كانت قائمةً فلمَا يلي:

١-قوله ﷺ : «عَلَى اليَد مَا أَخَذَت حتّى تَرُدَّه»[1].

٢-قوله ﷺ : «لا يَأْخُذُ أَحَدُكُم عَصَا أخيه لاعباً أو جادًّا؛ فَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخيه فَلْيَرُدَّهُا عليه»[2].

٣-لأنّ اليدَ حَقٌّ مقصودٌ، وقد فَوَّتَها عليه؛ فيجب إعادهَا بالرّدّ إليه، وهو الموجَب الأصليّ على قولٍ، وردّ القيمة مُخَلِّصٌ خَلَفاً عنه؛ لأنّه قاصرٌ؛ إذ الكمال في ردّ العين والمالية[3].

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/٨٢٢، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، برقم: (٣٥٦١)، والتّرمذي في سننه ٣/٥٦٦، كتاب البيوع، باب ما جاء في أنّ العارية مُؤَدَّاةٌ، برقم: (١٢٦٦)، وابن ماجه في سننه ٢/٨٠٢، كتاب الصّدقات، باب العارية، برقم: (٢٤٠٠)، والحديث صحيحٌ، قال التّرمذي: «هذا حديثٌ حَسنٌ صحيحٌ».
وضعّفه الألباني في: وضعيف أبي داود برقم: (٧٦١)، وضعيف التّرمذيّ برقم: (٢١٧)، وضعيف ابن ماجه برقم: (٥٢٣)، وإرواء الغليل برقم: (١٥١٦)، ومشكاة المصابيح برقم: (٢٩٥٠)، والجامع الصّغير برقم: (٨١٧٦).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٥/٢٧٣، كتاب الأدب، باب مَن يأخذ الشّيء على المزاح، برقم: (٥٠٠٣)، والتّرمذي في سننه ٤/٤٠٢، كتاب الفتن، باب ما جاء لا يَحلّ لمسلمٍ أن يروِّعَ مُسلماً، برقم: (٢١٦٠)، واللّفظ له، وقال: «حديثٌ حسنٌ غريبٌ»، وانظر: عارضة الأحوذي ٩/٦.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٤٠، و١٤٥، و١٥٦-١٥٧، والهداية ٤/١٢، والمنثور ٢/٧٥.

فإذا ردّها كاملةَ الأوصاف برئ من عهدتها، وإن ردّها ناقصة الأوصاف جبر أوصافها بالقيمة؛ لأنّ الأوصاف ليست من ذوات الأمثال، وإن ردّها ناقصة القيمة، موفورة الأوصاف، لم يضمن ما نقص قيمتها بانْخفاض الأسواق؛ لأنّه لم يفت شيءٌ من أجزائها ولا من أوصافها.

مثال ذلك: غصب سلعةً تساوي مائة، فردّها وهي تساوي عشرة؛ لانْحطاط الأسعار في الأسواق، وهي غير مُتَقَوَّمةٍ في الشّرع؛ لأنّ الفائت رغبات النّاس، والصّفات والمنافع لا يُمكن ردّ أعيانها؛ فضمن الصّفات عند الفوات بما نقص من قيم الأعيان، وتضمن المنافع بأجور الأمثال إذا تعذّر ردّ الأعيان[١].

وأمّا وجوب ردّ المثل عند تعذّر العين؛ فيدلّ عليه أدلّةٌ منها[٢]:

١- عموم قوله -تعالى-: ﴿**فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾[٣]؛ فأوجب الله -تعالى- ضمان المثل.

٢- قوله ﷺ: «إِنَاء مِثْلِ إناء، وطعامٌ مِثْلِ طَعامٍ»[٤].

---

(١) انظر: الفروق ٢٩/٤، و٣٠، والذّخيرة ٣٠٢/٣، وقواعد العزّ ١٨٠/١-١٨١، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٧-٤٥٩، ونيل الأرب ص ٢١٣.

(٢) انظر: الهداية ١١/٤، والمعونة ١٢١٢/٢، والمنتقى ٢٩٩/٧، والفروق ٢٨/٤، و٣١، وقواعد العزّ ١٨١/١، وروضة الطّالبين ٢٥/٥، والشّرح الكبير ٢٥٥/١٥-٢٥٦، و٢٧٧، وفتح الباري ١٥٠/٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ٨٢٨/٣، كتاب البيوع والإجارات، باب فيمَن أفسد شيئاً يغرم مثله، برقم: (٣٥٦٨)، والحديث في إسناده مقالٌ، وحسّنه ابن حجر، وضعّفه غيره كالألباني في ضعيف أبي داود برقم: (٧٦٢).
وَوَرَدَتْ قصّةٌ أخرى مُمَاثلةٌ لها في البخاري ١٤٨/٥، برقم: (٢٤٨١)، وانظر: =

٣-ولأنّ المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمال، وهو أقرب إلى ردّ العين الذي هو الأصل؛ فكان أدفع للضّرر[1]، قال في الاستذكار: «المِثْلُ لا يوصل إليه إلاّ بالاجتهاد، وكما أنّ القيمة تُدْرَكُ بالاجتهاد، وقيمة العدل في الحقيقة مِثْلٌ»[2].

٤-لأنّ ضمان الإتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلاّ بالمثل، والمثل المطلق هو المثل صورةً ومعنًى، فأمّا القيمة فمثل من حيث المعنَى دون الصّورة.

٥-لأنّ ضمان التعدِّي ضمان جبر الفائت، ومعنَى الجبر بالمثل أكمل منه من القيمة، فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلاّ عند التّعذّر[3].

وشرط وجوب الرّدّ بالمثل تعذّر ردّ العين المعتدَى عليها؛ فما دام قادراً على ردّه على الوجه الذي أخذه لا يجب عليه الضّمان؛ لأنّ الحكم الأصلِيّ للتعدِّي هو وجوب ردّ عين المعتدَى عليها؛ لأنّ بالرّدّ يعود حقّ المالك عينه إليه، وبه يندفع الضّرر عنه من كلّ وجهٍ، وإنّما الضّمان خَلَفٌ عن ردّ العين، ولا يصار إلى الخَلَف إلاّ عند العجز عن ردّ الأصل، وسواء عجز عن الرّدّ

=

معالم السّنن ٨٢٨/٣، وبداية المجتهد ١٣٩/٤، هامش (١).

(١) انظر: الهداية ١١/٤، والمهذّب ٣٣٠/٢، وروضة الطّالبين ٢٥/٥، وشرح منتهى الإرادات ١٥٩/٤.

(٢) الاستذكار لابن عبدالبرّ ١٥٤/٦، وانظر: الشّرح الكبير ٢٥٥/١٥، وشرح منتهى الإرادات ١٥٩/٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٣/٦، وقواعد العزّ ١٨١/١، والمنثور ٧٥/٢، وتكملة المجموع ٢٣٦/١٤.

بفعله كاستهلاك، أو بفعل غيره، كأن يستهلكه غيره، أو بآفة سماويَّة[١].

ومن شروطه أيضاً أن يكون المثل موجوداً في أيدي النّاس؛ حتّى لو غصب شيئاً له مِثْلٌ، ثم انقطع عن أيدي النّاس فإنّه لا يخاطَب بأدائه للحال؛ لأنّه ليس بمقدورٍ بل يُخَاطَب بالقيمة[٢].

وجميع المتلفات تعتبر فيها قيمة المتلَف، إلاّ في جَبر الصّيد المثلي؛ فإنّه تعتبر قيمة مِثْله، ولا يجوز القياس عليه؛ فإنّ ذلك تَعبُّدٌ حائدٌ عن قواعد الجبر[٣].

فائدة: إذا غصب ما له مِثْلٌ، واتّخذ منه ما لا مثلَ له؛ كالتّمر إذا اتّخذ منه الخلّ بالماء، أو الحنطة إذا جعلها دقيقاً، لزمه مِثْلُ الأصل؛ لأنّ المثل أقرب إلى المغصوب من القيمة.

وإن غصب ما لا مِثْلَ له، واتّخذ منه ما له مِثْلٌ؛ كالرّطب إذا جعله تَمراً، ثم تَلف؛ لزمه مِثْلُ التَّمر؛ لأنّ المِثْلَ هنا أقرب إليه منْ قيمة الأصل.

وإن غصب ما لَهُ مِثْلٌ، واتّخذ منه ما له مِثْلٌ، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء أخذ بالمثل الأوّل، أو الثّاني[٤].

وأمّا وجوب ردّ القيمة عند تعذّر المثل؛ فيدلّ عليه أدلّةٌ منها:

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٤/٦، و١٤٥، و١٥٦-١٥٧، والمعونة ١٢١٦/٢، ورسالة القيرواني ص ٢٣٢، والمعونة ١٢١٢/٢، والمنتقى ٢٩٩/٧، والمقدّمات ٤٩٦/٢، والذّخيرة ٣٠٣/٣، وشرح زروق ٢١٧/٢، وقواعد العزّ ١٨١/١، وروضة الطّالبين ١٢/٥، و١٦، والمقنع والشّرح الكبير ٢٥٥/١٥.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٤/٦، والمهذّب ٣٢٢/٢، وروضة الطّالبين ٢٠/٥، والمنثور ٨١/٢.

(٣) انظر: قواعد العزّ ١٨١/١-١٨٢، والمنثور ٨٦/٢.

(٤) انظر: المهذّب ٣٢٠/٢-٣٢١، وروضة الطّالبين ٢٤/٥، وتكملة المجموع ٢٣٧/١٤-٢٣٨، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٧٥/١٥.

١-قوله ﷺ : «مَنْ أعْتَقَ شِرْكاً لَهُ في عَبْدٍ؛ فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ العبد، قُوِّمَ العَبْدُ عليه قِيمَةَ عَدْلٍ؛ فأعطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهم»[١]، دلّ الحديث على وجوب القيمة، والنّصّ الوارد في العبد يكون وارداً في إتلاف كلّ ما لا مِثْلَ له دلالةً[٢].

٢-ولأنّه لَمّا تَعَذَّرَ مراعاة الحقّ في الجنس، فيراعَى في المالية وحدها بالقيمة، دفعاً للضّرر بقدر الإمكان؛ لأنّ القيمة أعدل[٣].

٣-ولأنّ ضمان القيمة أعدل،ويصلح للأحكام في الجملة؛ لأنّها تستوعب جميع صفاته، ولا يكاد يجد مِثلَ ما أتلف على جميع صفاته[٤].

ويشترط لوجوب الرّدّ بالقيمة تعذّر الرّدّ بالمثل، أو كون المضمون مجهول العدد؛ لأنّ اعتبار المثل مع الجهل بالوزن لا يكاد يسلم من التّفاضل[٥].

وتقويم المتلفات لا يختلف باختلاف النّاس، وإنّما يختلف باختلاف البلاد والأزمان؛ فالواجب الرّدّ في المكان الذي غصب منه؛ لتفاوت القِيَم

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١٧٩/٥، كتاب في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين...، برقم: (٢٤٤٤)، ومسلم في صحيحه ١١٣٩/٢، كتاب العتق، برقم: (١٥٠١)، واللّفظ للبخاري.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٤/٦، والمنتقى ٢٩٧/٧، و٢٩٩، والمهذّب ٣١٩/٢، والشّرح الكبير والإنصاف ٢٥٨/١٥-٢٥٩، وشرح مسلم ٣٧٥/١٠، وفتح الباري ١٥٠/٥، و١٨٢-١٨٥.

(٣) انظر: الهداية ١٢/٤، وقواعد العزّ ١٨١/١، وفتح الباري ١٥٠/٥.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٢٣٤/٥، والمعونة ١٢١٢/٢، والمنتقى ٢٩٧/٧، والمهذّب ٣١٩/٢، وتكملة المجموع ٢٣٧/١٤.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٤/٦، والمعونة ١٢١٢/٢، والمنتقى ٣٠٨/٧، وقواعد العزّ ١٨١/١، وروضة الطّالبين ٢٠/٥، والمنثور ٨١/٢، وفتح الباري ١٥٠/٥.

بتفاوت الأماكن والأزمان، فإذا ردّ العين المغصوبة في مكانه فلا أثر لتراجع الأسعار وتغيّرها بتغيّر الأسواق؛ لأنّه عبارة عن فتور الرّغبات دون فوت الجزء، ولأنّ القيمة متعلّقةٌ بالذّمّة تعلّقاً مُنبَرِماً حين التعدّي ولا يؤثّر ذلك بغيرها[1].

ومنصوص هذه القاعدة أنّ الواجب في المثليّ المثل، وفي القيميّ القيمة؛ قاعدةٌ أغلبيَّةٌ لا كلّيّة؛ لأنّ القيميّ قد يَجب فيه مثل، وكذلك العكس، كالجزاف قبل معرفة كميّته يجب على متلفه غرم قيمته[2].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

القاعدة مجمع عليها لدى فقهاء الأمصار، لا يختلفون في أنّ التّعدّي بسائر وجوهه على حقوق الآخرين من إتلافها ووضع اليد عليها ظلماً وعدواناً سببٌ لوجوب الضّمان عند استجماع شرائط الوجوب، وأنّ الواجب في ذلك: ردّ العين إن كانت قائمةً، وإلاّ فالمِثْل، وإن تعذّر فالقيمة[3]، وذلك لِمَا يلي:

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٥/٦، و١٥٠، و١٥٦، والهداية ١٢/٤، و١٣، والمعونة ١٢١٣/٢، والمنتقى ٢٩٩/٧، وعقد الجواهر ٨٦٨/٣-٨٦٩، والفروق ٣١/٤، والمهذّب ٣٢٠/٢، وقواعد العزّ ١٨٠/١، وروضة الطّالبين ٢٢/٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٨٦/١٥، و٢٥٨، و٢٦٤.

(٢) انظر: الفواكه الدّواني ١٩١/٢، وقواعد العزّ ١٨٠/١-١٨١.

(٣) إلاّ الظّاهرية؛ فإنّهم قالوا: «المثل في كلّ شيءٍ ولا بدّ؛ فإنْ عُدِمَ المثل فالمضمون له مُخَيَّرٌ بين أن يُمْهِلَهُ حتّى يوجد المثل، وبين أنْ يأخذ القيمة»، قال ابن حزم: «هذا هو الحقّ الذي لا يجوز خلافه»، المحلّى ٤٣٧/٦، ونسبه العزّ بن عبد السّلام في قواعده ١٨١/١، إلى بعض العلماء، ونسبه شمس الدّين ابن قدامة في الشّرح الكبير ٢٥٩/١٥ =

١-لأنّ إتلاف الشّيء إخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعةً مطلوبةً منه عـادّة،وهذا إضرارٌ عينه واعتداء[١]،وقد قال الله -سبحانه وتعالى- ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٢]، وقوله -تعالى-:﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾[٣].

٢-قوله ﷺ : ((لاَ ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ))[٤]، الضّرر مَنْفِيٌّ في الشّريعة، وفاعل الضّرر شأنه أن يضمن، وقد تعذّر نفي الضّرر من حيث الصّـورة في المتلفات؛ فيجب نفيه من حيث المعنَى بالضّمان؛ ليقوم الضّمان مقام المتلَف؛ فينتفي الضّرر بالقدر الممكن، ولهذا وجب الضّمان بالغصب، فبالإتلاف أولَى؛ لأنّه اعتداءٌ وإضرارٌ فوق الغصب؛ فلمّـا وجـب بالغصب فلأن يجب بالإتلاف أولَى وأحرى، وسواء في ذلـك وقـع الإتلاف صورةً ومعنًى؛ بإخراجه عن كونه صـالحاً للانتفـاع، أو معنًى؛ بإحداث معنًى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامـه في نفسـه

=

إلى العَنْبريّ، وقد تعقّبه العزّ بقوله في الموضع نفسه: ((وهذا إن شرط التّساوي في المالية قريبٌ، وإن لم يشترط ذلك فقد أبعد عن الحقّ، ونأى عن الصّواب)).

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٥/٦، والمعونة ١٢١٣/٢، وروضة الطّالبين ٢٧/٥.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

(٣) سورة النّحل، الآية: ١٢٦.

(٤) أخرجه مالك مرسلاً في موطّئه ٧٤٥/٢، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، برقم: (٣١)، ووصله الـدّارقطني في سـننه ٤٠٧/٥-٤٠٨، بـرقم: (٤٥٣٩، و٤٥٤٠)، والحافظ ابن عبد الـبرّ في التّمهيـد ١٤٤/١٣-١٤٥، والاسـتذكار ١٩٧/٦-١٩٨، وهو حديثٌ صحيحٌ بطرقه وشـواهده، ومعنـاه صـحيحٌ في الأصول، انظر: التّمهيد ١٤٤/١٣، والاستذكار ١٩٧/٦.

حقيقةً؛ لأنّ كلّ ذلك اعتداءٌ وإضرارٌ، وسواء كان الإتلاف مباشرةً بإيصال الآلة بمَحل التّلف، أو تسبّباً بالفعل في محلٍّ يفضي إلى تلف غيره عادّةً؛ لأَنّ كلّ واحد منهما يقع اعتداء وإضراراً فيوجب الضّمان[١]، ثم هناك مسائلُ اختلف موقفهم في بعضها:

المسألة الأولَى: تحديد المثليّ:

المِثْلِيُ، نسبة إلى المثل، وهو ما يُمكن الحصول على مثْله بسهولة ويسر[٢].

وقد اتّفقوا[٣] على أنّ المثليّ هو ما يُكَالُ ويُوزَنُ ويجوز السَّلَم فيه؛ كالدّنانير الخالصة والدّراهم، والحديد والنّحاس، وغير ذلك، وكالحنطة والشّعير وسائر المأكولات، وما تستوي من حبوب القمح والشّعير من المكيل وآحاد العِنَب الموزون وغير ذلك، وكذلك عدديات متقاربةٌ التي تستوي آحاد جملته في الصّفة غالباً؛ كالبيض والجوز ونحوه.

كلّ هذا يجب على متلفه ضمان مثله، أعني: مثل ما استهلك صفةً ووزناً، ولا تلزمه القيمة؛فإنّما يصار إليها عند تعذّر المثل من طريق الخلقة؛

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٥/٦، والتّمهيد ١٤٦/١٣-١٤٩، والاستذكار ١٩٧/٦، والمنتقى ٣٩٩/٧-٤٠٣، والفروق ٩/٤.

(٢) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٣٧٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٣/٦، والهداية ١١/٤، و١٢، ورسالة القيرواني ص ٢٣٢، والاستذكار ١٥٢/٦-١٥٣، والمنتقى ٢٩٧/٧، و٣٠٥، وبداية المجتهد ١٣٨/٤، وعقد الجواهر ٨٦٧/٣، والقوانين الفقهية ص ٢١٦-٢١٧، وشرح زروق ٢١٧/٢، والفواكه الدّواني ١٩١/٢، والمهذّب ٣١٩/٢-٣٢٠، وقواعد العزّ ١٨٠/١، وروضة الطّالبين ١٨/٥-٢٠، و٢٣، والمنثور ٨١/٢، وفتح الباري ١٨٥/٥، وتكملة المجموع ٢٣٦/١٤-٢٣٧، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٥٤/١٥-٢٥٥-٢٥٨-٢٦٥، وشرح منتهى الإرادات ١٥٨/٤-١٥٩، وقواعد السّعدي ص ٥٠.

لأنّها ضربٌ من الحكم والاجتهاد والظّنّ في تعديلها بالمتلف؛ فالمثل من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه وإنّما طريقه المشاهدةُ والقطعُ؛ فكان كالاجتهاد مع وجود النّصّ وهو فاسد الاعتبار؛ إذ لا فائدة فيه، فإذا أمكن الرّجوع إلى القطع لم يرجع إلى الاجتهاد، كما لا يجوز الرّجوع إلى القياس مع النّصّ[1].

ولأنّ ضمان الإتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلاّ بالمثل، لعموم قوله تعالى﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾[2]، والمثل المطلق هو المثل صورةً ومعنًى، وأمّا القيمة فَمِثْلٌ من حيث المعنَى دون الصّورة[3].

المسألة الثّانية: تحديد القِيمِيِّ:

القِيمِيُّ نسبة إلى لفظ القيمة، وهو ما ليس له مِثْلٌ مُتَدَاوَلٌ بين النّاس، وهو: كلّ ما لا يُكَالُ ولا يُوزَنُ من غير جنس الأثمان من المذروعات، والعدديّات المتفاوتة، والعقار، والدّور، والسّلع، والمنافع؛ لأنّ أجزاء جملتها متفاوتةٌ فلا يكون لها مِثْلٌ، وكلّ ما ليس بِمكيلٍ ولا موزونٍ، ولا معدودٍ متقاربٍ فهو قِيمِيٌّ[4].

---

(١) انظر: المعونة ١٢١٢/٢، وعقد الجواهر ٨٦٧/٣-٨٧٠، والمهذّب ٣٢٠/٢، وقواعد العزّ ١٨١/١، والمقنع والشّرح الكبير ٢٥٥/١٥، وشرح منتهى الإرادات ١٥٩/٤، وفتح الباري ١٥٠/٥.

(٢) سورة النّحل، الآية: ١٢٦.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٣/٦، والاستذكار ١٥٣/٦.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٣/٦، والهداية ١٢/٤، والمعونة ١٢١٢/٢، والاستذكار ١٥٢/٦-١٥٥، والمنتقى ٢٩٦/٧-٢٩٧، والقوانين الفقهية ص ٢١٧، والمهذّب ٣١٩/٢، وقواعد العزّ ١٨١/١، والمنثور ٨٠/٢، وفتح الباري ١٨٥/٥، وتكملة المجموع ٢٣٦/١٤-٢٣٧، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٥٤/١٥-٢٥٩، =

المسألة الثّالثة: اختلفوا في العروض وجملة الحيوان كالخيل، أهي مِثْلِيَّةٌ أم قيميّةٌ؟ على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّ العروض والحيوان قيميَّةٌ وليست مِثليَّةً، فلا يقضَى فيها إلاّ بالقيمة يوم استهلك وتلف، وبه قال الحنفية والمالكية، والشّافعية والحنابلة[(١)].

من أدلّتهم:

١-قوله ﷺ: «مَنْ أعْتَقَ شِرْكاً لَهُ في عَبْدٍ؛ فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ العبد، قُوِّمَ العَبْدُ عليه قِيمَةَ عَدْلٍ؛ فأعطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهم»[(٢)].

وجه الاستدلال منه؛ أنّ العتق إتلافٌ، ثم أوجب القيمة فيه دون المثل؛ فكان ذلك أصلاً في بابه[(٣)].

أجيب عن وجه استدلالهم به؛ بأنّه استدلالٌ في غير مَحلِّه؛ إذ ليس في العتق استهلاكٌ ولا غصبٌ، ولا تعدٌّ أصلاً، حتّى يضمن فكيف يَصحّ الاحتجاج به؟[(٤)].

=

و٢٦٣، وقواعد السّعدي ص ٥١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٤٢.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٩، والمعونة ٢/١٢١٢، والاستذكار ٦/١٥٢-١٥٥، والمنتقى ٧/٢٩٦-٢٩٧، و٣٠٥، وبداية المجتهد ٤/١٣٨، والمهذّب ٢/٣١٩، وقواعد العزّ ١/١٨١، وروضة الطّالبين ٥/١٣، والمنثور ٢/٨٠، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٥/٢٥٨-٢٥٩، و٢٦٣، وفتح الباري ٥/١٥٠، و١٨٥، وتكملة المجموع ١٤/٢٣٦.

(٢) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة، الدّليل (١) لوجوب ردّ القيمة.

(٣) انظر: المعونة ٢/١٢١٢، والاستذكار ٦/١٥٣-١٥٤، وبداية المجتهد ٤/١٣٨، والمهذّب ٢/٣١٩، وتكملة المجموع ١٤/٢٣٦، والشّرح الكبير ١٥/٢٥٨-٢٥٩.

(٤) انظر: المحلّى ٦/٤٣٧.

يُمكن أن يُجاب عنه بأنّ استدلالهم به سليمٌ وصحيحٌ؛ لأنّ المعتِق قد فوّت على شريكه منفعةً ماليّةً، وعليه ضمانها، وكان الضّمان هو القيمة، لاستحالة إيجاد وتعذّره، وكذلك كلّ مَا كان على هذا الشّكل، والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

٢-ولأنّ ما لا يُكَالُ ولا يُوزَنُ فالغرض منه أعيانه دون مبلغه فوجب قيمة العين، وما يُكَالُ ويُوزَنُ الغرض منه مبلغه فكان فيه مثْلُهُ(١).

٣-ولأنّ جملة الحيوان من كالخيل، وإن استوى عدداً؛ فإنّ آحاد جملته لا تستوي بل تتباين، ولذلك يجوز أن يشتري عدداً من جملة البيض والجوز غير معيَّنٍ، ويكون للبائع تعيينُها دون خيارٍ يثبت لواحدٍ منهما بشرطٍ ولا يجوز أن يكون له بالقسمة والتّعيين غير ذلك العدد، والقيمةَ عدلٌ يؤمن فيها ظلم الفريقين(٢).

المذهب الثّاني: أنّها مثليَّةٌ، ويجب فيها ضمان المثل، ولا تلزم القيمة إلاّ عند عدم المثل، وبه قال الظّاهرية(٣).

من أدلّتهم:

١-قوله -تعالى-: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾(٤).

يُجاب عن استدلالهم به بأنّ الحكم في جزاء الصّيد حكمٌ خاصٌّ في

---

(١) انظر: المعونة ١٢١٣/٢.

(٢) انظر: المنتقى ٢٩٧/٧، والمهذّب ٣١٩/٢، وتكملة المجموع ٢٣٧/١٤، والشّرح الكبير ٢٥٩/١٥.

(٣) انظر: المحلّى ٤٣٦/٦-٤٣٧، وانظر أيضاً: بداية المجتهد ١٣٨/٤، وتكملة المجموع ٢٣٦/١٤.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

التّقييد، وحقوق الله -تعالى- تَجري فيها المساهلة، ولا تحمل على الاستقصاء وكمال الاستيفاء؛ كحقوق الآدَميّين.

وأنّ الآية محمولة على ضمان المثليّات(١).

٢-وقوله ﷺ : ((إِنَاءٌ مِثْلِ إِنَاءٍ، وطَعَامٌ مِثْلِ طَعَامٍ))(٢).

يُجاب عن استدلالهم به بما يلي:

أ- أنّ الحديث في إسناده مقالٌ(٣).

ب- أنّه محمولٌ على المعونة والإصلاح، دون بتّ الحكم بوجوب المثل؛ فإنّ القصعة والطّعام المصنوع ليس لهما مِثْلٌ معلومٌ(٤).

ت- ما قاله صاحب معالم السّنن: ((لا أعلم أَحداً من الفقهاء ذهب إلى أنّه يجب في غير المكيل والموزون مِثْلٌ، إلاّ أنّ داود يُحْكَى عنه أنّه أوجب في الحيوان المِثْلَ، وأوجب في العبد: العبد، وفي العصفور: العصفور، وشَبَّهَهُ بحمار الصّيد، والذي ذهب إليه في ذلك خلافُ مذاهب عامّة العلماء، والحكم في جزاء الصّيد حكمٌ خاصٌّ في التّقييد، وحقوق الله-تعالى- تَجري فيها المساهلة، ولا تحمل على الاستقصاء وكمال الاستيفاء؛ كحقوق الآدَميّين، وقد أوجب النَّبيّ ﷺ في المعتق شركاً له في عبدٍ: القيمة لا المثلَ، فدلّ هذا على فساد ما ذهب إليه))(٥).

---

(١) انظر: معالم السّنن ٣/٨٢٨.

(٢) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة، الدّليل (٢) لوجود ردّ المثل.

(٣) انظر: معالم السّنن ٣/٨٢٨، والاستذكار ٦/١٥٤، وتعليق حلاّق على بداية المجتهد ٤/١٣٩.

(٤) انظر: معالم السّنن ٣/٨٢٨، والشّرح الكبير ١٥/٢٦٠، وفتح الباري ٥/١٥٠.

(٥) معالم السّنن للخطّابي ٣/٨٢٨، وانظر: المنتقى ٧/٢٩٨.

ولأنّ منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدَّى عليه(١).

وبهذا يترجّح في نظري ما ذهب إليه الجمهور، أنّ العروض، والحيوان قيميٌّ لا مثل له يضمن بالقيمة لا بالمثل؛ وذلك لقوّة ما استدلّوا به وسلامتها، في مقابل تعرّض أدلّة المذهب الآخر التي لم تسلم من الاعتراض.

قال في الاستذكار: «والحديث في القضاء بالقيمة في الشّقص من العبد أصحُّ من حديث القصعة، فهو أولَى أن يُمتَثَلَ، ويُعمِلَ»(٢).

فعلى هذا، كلّ ما ليس بِمكيلٍ ولا موزونٍ ولا معدودٍ متقاربٍ مَنِ استهلك شيئاً منه فإنّما يجب عليه ضمانه بِقيمته، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

المسألة الرّابعة: المعتبر في ضمان الغصب عند وجوب الضّمان بالقيمة، هل هو يوم الغصب، أو يوم الإقطاع، أو يوم القضاء؟ للفقهاء فيه خلافٌ.

المذهب الأوّل: أنّ المعتبر يوم الغصب دون ما بعده. وبه قال المالكية في المشهور وهو ظاهر مذهب الحنفية ورواية عن الإمام أحمد(٣).

من أدلّتهم(٤):

١- قاعدةٌ أصوليّةٌ، وهي أنّ ترتيب الحكم على الوصف يدلّ على علّيّة ذلك الوصف لذلك الحكم، ورسول الله ﷺ قد رتّب الضّمان على

---

(١) انظر: بداية المجتهد ١٣٨/٤.

(٢) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ١٥٤/٦.

(٣) وقول أبي يوسف من الحنفية، انظر: بدائع الصّنائع ١٤٤/٦-١٤٥، والهداية ١٢/٤-١٤، المعونة ١٢١٥/٢، والمنتقى ٣٠١/٧، وعقد الجواهر ٨٦٥/٣، والفروق ٢٨/٤، والقوانين الفقهية ص ٢١٧، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٦١/١٥-٢٦٢.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١٤٤/٦-١٤٥، والهداية ١٢/٤، والفروق ٢٨/٤-٢٩.

الأخذ باليد بقوله: ((عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهَا))[١]، فيكون الأخذ باليد هو سببُ الضّمان؛ لأنّ مقتضى لفظ صاحب الشّرع أنّ وضع اليد هو السّبب، ومفهومه أنّ غيره ليس بسببٍ؛ فَمَنِ ادّعَى أنّ غيره سببٌ فعليه الدّليل، ولا دليل؛ لأنّ الأصل عدم سببيّة غير ما يدلّ عليه الحديث، فهي قرينةٌ تدلّ على سببيّة الأخذ؛ كقولهم: على الزّاني الرّجم، والسّارق القطع؛ فإنّه يدلّ على سببيّة هذه الأوصاف، وهو في أثناء مدّة الغصب لا يصدق عليه أنّه أخذ الآن، بل أخذ فيما مضى، فوجب أن يختصّ السّبب بما مضى.

٢-قاعدةٌ أصوليّةٌ فقهيّةٌ وهي أنّ الأصل ترتّب المسبَّبات على أسبابها من غير تراخٍ؛ فيترتّب الضّمان حين وضع اليد لا ما بعد ذلك، والمضمون لا يضمن؛ لأنّه تحصيل الحاصل، ولم يوجد وضع اليد في أثناء الغصب، بل استصحابها، واستصحاب الشّيء لا يلزم أن يقوم مقامه، بدليل أنّ استصحاب النّكاح لا يقوم مقام العقد الأوّل؛ لصحّته مع الاستبراء، والعقد لا يصحّ مع الاستبراء، وكذلك الطّلاق يوجب ترتّب العدّة عقيبه، واستصحابه لا يوجب عدّة، ووضع اليد عدواناً وظلماً يوجب التّفسيق والتّأثيم، ولو جنّ بعد ذلك وهي تَحت يده لم يأثم حينئذ ولم يُفَسَّق، وابتداء العبادات يشترط فيها النّيات وغيرها من التّكبير ونحوه، ودوامها لا يشترط فيه، فعلم أنّ استصحاب الشّيء لا يلزم أن يقوم مقامه.

المذهب الثّاني: أنّ المعتبر الأحوال كلّها؛ فيضمنه بأعلى القِيَم، وهو

---

(١) تقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة، الدّليل (١) لوجود ردّ العين.

الأصح عند الشّافعية وقولٌ لبعض المالكية[1].

المذهب الثّالث: أنه المعتدَّ يوم يَختصمون، وبه قال الحنفية؛ لأنّ النّقل لا يثبت بِمجرّد الانقطاع، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك، وإنّما ينتقل بقضاء القاضي؛ فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء، بخلاف ما لا مثل له؛ لأنّه مطالب بالقيمة بأصل السّبب كما وجد، فتعتبر قيمته عند ذلك[2].

المذهب الرّابع: أنّه المعتدَّ يوم الإعواز والانقطاع، وهو مذهب الحنابلة، وقولٌ لبعض الحنفية، قالوا: لأنّ الواجب المثل في الذّمة، وإنّما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع؛ فتعتبر قيمته يوم الانقطاع[3].

وثَمرة الخلاف تظهر فيما لو غصب حيواناً ضعيفاً مشوّهاً معيباً بأنواع من العيوب، فزالت تلك العيوب؛ فعند المالكية الواجب ضمانه بالقيمة الأولى، وعند الشّافعية ضمانه بالقيمة الثّانية؛ لأنّها أعلَى، وعلى القول الثّالث والرّابع قيمة يوم الخصومة، والانقطاع[4].

وأمّا ضمان التّعدّي والاستهلاك والإتلاف؛ فإنّ القيمة المعتبرة فيه

---

(١) وهو قول ابن وهب، وأشهب، وعبد الملك بن عبد العزيز من المالكية، وأمّا الشّافعية فقد ذكر النّووي في روضة الطّالبين ٥/٢٠ أحد عشر قولاً للشّافعية، الأصحّ عندهم المثبت.

انظر: عيون المسائل ص ١١٨-١١٩، وعقد الجواهر ٣/٨٦٥، والفروق ٤/٢٩، والمهذّب ٢/٣١٩، و٣٢١، وروضة الطّالبين ٥/٢٠-٢١، و٢٦، والشّرح الكبير ١٥/٢٥٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٤٤، والهداية ٤/١٢، والشّرح الكبير ١٥/٢٥٦.

(٣) قال به محمّد بن الحسن، انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٤٤، والهداية ٤/١٢، والمقنع ١٥/٢٥٥.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٤٤-١٤٥، والهداية ٤/١٢، والفروق ٤/٢٨، وقواعد العزّ ١/١٨٢.

يوم التّعدِّي والجناية والاستهلاك؛ لأنّه هو سببه وموجبه فيجب الاعتبار به، وليس يوم الحكم؛ لأنّ الحكم معلّقٌ بذمّته بالتعدِّي لا بالحكم؛ إذ مطالبة الحكم إنّما هي بأمرٍ قد تقدّم وجوبه، وإنّما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت في ذمّته[١].

من أدلّة القاعدة:

هذه القاعدة خلاصة استقراء الفقهاء ونتائج إمعان نظرهم في النّصوص الشّرعية الواردة في الضّمان، سواء ضمان التّعدِّي بالغصب، أو بالإتلاف، ومنها السّابق ذكرها، فيستدلّ لثبوتها وصحّتها وحجّيّتها بما يلي:

١-الإجماع[٢].

٢-قوله ﷺ : ((إنَاء مِثْلِ إناء، وطعامٌ مِثْلِ طَعامٍ))؛ فدلّ الحديث بِمنطوقه على أصل مشروعية الضّمان، وأنّ المثل واجبٌ عند تعذّر العين.

٣-قوله ﷺ : ((عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ))[٣]، وفي لفظ: ((العَارِيَةُ مَرْدُودَةٌ))[٤]، ((العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ))[٥]؛ حيث دلّ الحديث بألفاظها على أنّ العواري

---

(١) انظر: المعونة ١٢١٣/٢، والمنتقى ٣٠٢/٧، وقواعد العزّ ١٨٠/١، وروضة الطّالبين ٢١/٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٥٨/١٥.

(٢) انظر: الشّرح الكبير ١٢٨/١٥، و٢٩٧.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه٨٢٣/٣،كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية،برقم:(٣٥٦٢).
وصحّحه الألباني في السّلسلة الصّحيحة برقم: (٦٣٠، و٦٣١)، ومشكاة المصابيح برقم: (٢٩٥٥).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه ٨٠٢/٢، كتاب الصّدقات، باب العارية، برقم: (٢٣٩٨).

(٥) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه، أخرجه أبو داود في سننه ٨٢٥/٣، كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية، برقم: (٣٥٦٥)، والتّرمذي في سننه =

مضمونةٌ إمّا بردّ عينها، أو مثلها إن تعذّر ردّ المثل، أو قيمتها، وقوله: «مُؤَدَّاةٌ»، أي: قضيةُ إلزامٍ في أدائها عيناً حال القيام، وقيمة عند التّلف؛ لأنّ الأداء قد يتضمّن العين إذا كانت موجودةً، والقيمة إذا صارت مستهلكةً[1].

بالإضافة إلى ما تقدّم من النّصوص في ثنايا البحث.

من تطبيقات القاعدة:

١- مَن ذبح شاة غيره بغير إذن صاحبها، فعليه ضمانها بالقيمة؛ لأنّ الحيوان قيميٌّ على الصّحيح، فيضمنها بالقيمة[2].

٢- مَنْ خرَق ثوب غيره خرقاً يسيراً يضمن نقصانه، ويردّ الثّوب لمالكه؛ لأنّ العين قائمةٌ من كلّ وجه، وإنّما دخله عيبٌ فيضمنه؛ ولأنّ الأصل أنّ مقدار الواجب منه على قدر الإتلاف؛ لأنّ سبب الوجوب هو الإتلاف، والحكم يتقدَّر بقدر العلّة، ويتعمّم بعمومها، وإن خرّقه خرقاً كبيراً يبطل عامّة منفعته فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته؛ لأنّه استهلاكٌ من هذا الوجه فكأنّه أحرقه[3].

=

٥٦٥/٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في أنّ العارية مُؤَدَّاةٌ، برقم: (١٢٦٥)، وابن ماجه في سننه ٨٠٢/٢، كتاب الصّدقات، باب العارية، برقم: (٢٣٩٩)، وهو حديثٌ حسنٌ، قال التّرمذي: «حديث أبي أمامة حديثٌ حسنٌ غريبٌ».

وصحّحه الألباني في: صحيح ابن ماجه برقم: (١٩٤٣، و١٩٤٤)، والجامع الصّغير برقم: (٧٥٦٤، و٧٥٦٥)، والسّلسلة الصّحيحة برقم: (٦١٠)، ومشكاة المصابيح برقم: (٢٩٥٦).

(١) انظر: معالم السّنن ٨٢٢/٣، و٨٢٣، و٨٢٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٩، وقواعد العزّ ١٥٤/٢.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٩، وبدائع الصّنائع ١٧٢/٥١، و/٤٣٣، والهداية

=

٣-إذا تغيّرت العين المغصوبة بفعل الغاصب تغيّراً حتّى زال اسمها وأعظم منافعها، زال ملك المغصوب منه عنها، وملكها الغاصب، وضمنها بالمثل إن كانت مثْليّةً، أو بالقيمة إن كانت قيميّةً، ولم يحلّ له الانتفاع بها حتّى يؤدّي بدلها استحساناً[1]؛ لأنّ في إباحة الانتفاع فتحَ باب الغصب؛ فيُحرَم قبل الإرجاع حسماً لمادة الفساد، وإذا أدَّى البدل يباح له ويطيب؛ لأنّ حقّ المالك صار مُوَفًّى بالبدل؛ فحصلت مبادلة بالتّراضي، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقّه به[2]، ويضمن منافعها بأجرة المثل كذلك على الصّحيح[3]، خلافاً للحنفية؛ حيث قالوا: إنّ الغاصب

=

٤/١٦-١٧، والمعونة ٢/١٢١٣، والمنتقى ٧/٣٠٢، وعقد الجواهر ٣/٨٧٥، والقوانين الفقهية ص ٢١٧، وقواعد العزّ ١/١٨٠-١٨١.

(١) قال المرغيناني ٤/١٥: «والقياس أن يَكون له ذلك، وهو قول الحسن وزفر»، وروي عن أبي حنيفة.

(٢) وبكون المضمون حلالاً للضّامن بعد أداء الضّمان قال المالكية، سواء كان المال غاصباً، أو مستودَعاً. وهو قول الشّافعي الجديد، وقال في القديم: هو للمغصوب منه، وبه قال الحنابلة.

وسبب اختلافهم: متعلّق الضّمان، أي: هل الضّمان في مقابلة العين المغصوبة؟ وبه قال الحنفية، أم في مقابلة فوات يد المالك والملك باق لحاله؟ وبه قال الشّافعية.

انظر: الاستذكار ٦/١٥٤، والمنتقى ٧/٣١١، و٣١٣، والفروق ٤/٩، ٢٩-٣١، والذّخيرة ٨/٣١٨، والمهذّب ٢/٣٢٧، وروضة الطّالبين ٥/٥٩، والمنثور ٢/٧٣، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٥/٢٦٢، و٢٧٥، و٢٨٦، وفتح الباري ٥/١٥٠.

(٣) وبه قال الشّافعية والمالكية إذا انتفع الغاصب بالمغصوب إمّا بنفسه أو بأن يؤاجره، وأمّا إن لم ينتفع به بوجه من وجوه الانتفاع فلا شيءَ عليه، وما ذهب إليه الشّافعية أولَى؛ لأنّه متعدٍّ بغصبه، والأصل أنّ المتعدّي ضامنٌ.

انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٤٠، و١٤٦-١٤٩، و١٦٦، والهداية ٤/٢٠، وأنيس الفقهاء ص ١٠٠، والمعونة ٢/١٢١٧، والمنتقى ٧/٢٩٨، وعقد الجواهر ٣/٨٦٥،

=

لا يضمن منافع ما غصبه إلاّ أن ينقص باستعماله؛ فيغرم النّقصان[١]، مثاله: لو غصب شاةً فذبحها وشواها، أو طبخها، أو غصب حنطةً فطحنها أو حديداً فاتّخذه سيفاً، أو صفراً فعمله آنية[٢]، هذا كلّه عند الحنفية، وأمّا الشّافعية فلا ينقطع حقّ المالك، ولا يزول ملكه؛ لأنّ الغصب عدوانٌ وظلمٌ محضٌ، فلا يصلح سبباً للملك؛ لأنَّ الحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النّعمة[٣].

٤- إذا نقص مالُ إنسانٍ بما لا يجري فيه الرّبا ضمن النّقصان، سواء كان في يد المالك أو في يد الغاصب؛ لأنّ النّقص إتلافُ جزء منه، وتضمينه مُمكنٌ؛ لأنّه لا يؤدِّي إلى الرّبا فيضمن قدر النّقصان بخلاف الأموال الرّبوية[٤].

٥- مَنِ استهلك شيئاً من الطّعام تعدِّياً فإنّ عليه مِثْلَهُ في الكيل والصّفة، إن كان معلوم الكيل، وكذا ما يوزن ويعدّ، فإن كان غير معلوم القدر فإنّ عليه قيمته[٥].

=

والذّخيرة ٣٠٢/٣، وقواعد العزّ ١٨٣/١، ونيل الأرب ص ٢١٣.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٣٠، وبدائع الصّنائع ٤٣١/٥، و١٥٩/٦، والهداية ١٣/٤-١٤، و١٥-١٦، و١٨، و٢٠.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٢٩، وبدائع الصّنائع ١٤٠/٦، ١٤٨، والهداية ١٥/٤-١٦، و١٨، والمنثور ٧٣/٢.

(٣) ويُروى نحوه عن أبي يوسف. انظر: بدائع الصّنائع ٥٨٢/٤، والهداية ١٥/٤، و١٨، والمنثور ٧٣/٢.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٦/٦، والفروق ٣٠/٤، والذّخيرة ٣٠٢/٣-٣٠٣.

(٥) انظر: المنتقى ٣٠٥/٧.

المبحث الثّاني: القاعدة الخامسة والسّبعون [٧٥]

[القَبْضُ شرطٌ في دخول المَبيعِ في ضمان المشتري]

ذكرها ابن رشد في معرض ذكره لدليل مذهب الشّافعية في مسألة ما يشترط فيه القبض من المبيعات؛ حيث قال: «وأمّا عمدة الشّافعية في تعميم ذلك[١]، في كلّ بيعٍ؛ فعموم قوله ﷺ : (لا يَحِلُّ بيعٌ وسَلَفٌ، ولا رِبْحُ ما لَمْ يُضْمَنْ، ولا بيعُ ما ليس عندك)[٢]، وهذا من باب بيع ما لَمْ يُضْمَن، وهذا مَبْنِيٌّ على مذهبه من أنّ **القَبْضَ شرطٌ في دخولِ الْمَبيع في ضمان الْمُشْتَرِي**»[٣].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكر مفادها في كتب أهل العلم منها:

ما جاء في بدائع الصّنائع: «لأنّ العين إنّما تدخل في الضمان عندهما[٤] بالقبض؛ كالعين المغصوبة، فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان»[٥].

وفيه: «وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع؛ لتعذّر التّسليم بعد الهلاك، فلم يكن في إبقاء العقد فائدة فيبطل»[٦]، حيث لم يدخل في ضمان المشتري.

---

(١) يعني: تعميم اشتراط القبض في كلّ مبيعٍ، انظر: بداية المجتهد ٣/٢٧٧.
(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة[٣٥]،الدّليل(٢)،للمذهب(٢) في مسألة بيع مبيعٍ غائبٍ.
(٣) بداية المجتهد ٣/٢٧٨.
(٤) أي: عند أبي يوسف ومحمّد صاحبَي أبي حنفية. انظر: بدائع الصّنائع ٤/٧٢.
(٥) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٧٣.
(٦) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/١٣١.

وفيه: «ولو اختار المشتري الأخذ فلم يقبضه حتّى مات من تلك الجناية، أو من غيرها مات على البائع، ويسقط الثّمن عن المشتري؛ لأنّ الْمَبِيعَ إنّما يدخل في ضمان الْمُشتَرِي بالقبض، ولم يوجد»[١].

ما جاء في الذّخيرة: «المشتري إنّما يضمن بعد القبض»[٢].

ما جاء في القوانين الفقهية: «مسألة: في ضمان المبيع: أمّا بعد قبضه فضمانه من المشتري، وخسارته منه باتّفاق»[٣].

ما جاءفي مواهب الجليل:«يكون الضّمان من المشتري بالقبض»[٤].

ما جاء في فتح الباري: «والأصل في ذلك -هلاك المبيع في يد البائع- اشتراط القبض في صحّة البيع، فَمَنِ اشترطه في كلّ شيءٍ جعله مِنْ ضمان البائع، ومَنْ لم يشترطه جعله من ضمان المشتري»[٥].

ما جاء في المختصر: «إذا وقع البيعُ على مكيلٍ، أو موزونٍ، أو معدودٍ؛ فتلف قبل قبضه فهو من مالِ البائع، وما عداه فلا يُحتاج فيه إلى قبضٍ، وإن تَلِفَ فهو من مالِ الْمُشتَرِي»[٦].

ما جاء في المغني مُبَيِّناً المراد من ذلك: «والمراد بالمكيل والموزون والمعدود ما ليس بِمُتَعَيِّنٍ منه؛ كالقفيز، مِنْ صُبْرَةٍ، والرَّطْل مِنْ زُبْرَةٍ -أي: القطعة الضّخمة-...، فأمّا الْمُتَعَيِّن فيدخلُ في ضمان المشتري؛ كالصّبرة

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٤/٤٩٢، و٤٩٩، و٥٠٠.
(٢) الذّخيرة للقرافي ٤/١٢٦، و٨/٢٨٥.
(٣) القوانين الفقهيّة لابن جُزَيّ ص ١٦٤.
(٤) مواهب الجليل للحطّاب ٦/٣٠٨، وانظر: ٣١٢.
(٥) فتح الباري لابن حجر ٤/٤١٣.
(٦) مختصر الخرقي ٦/١٨١، و١٨٥.

يبيعها من غير تسمية كيل))[١].

وقال في الموضوع الآخر: ((يعني: ما عدا المكيل، والموزون، والمعدود؛ فإنّه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه))[٢].

ما جاء في الشّرح الكبير: ((فصل: وما يَحتاج إلى القبض إذا تَلِفَ قبل قبضه فهو من ضَمان البائع، فإن تَلِفَ بآفة سَماوية بطل العقدُ، ورجع المشتري بالثّمن، وإن تلف بفعل المشتري استقرّ عليه الثّمن، وكان كالقبض؛ لأنّه تَصَرَّفَ فيه))[٣].

ما جاء في الإنصاف: ((حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض؛ كالعيب قبل العقد فيما ضمانه على البائع؛ كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع والثّمرة على رؤوس النّخل ونحوه، على الصّحيح من المذهب...، وحدوث العيب بعد القبض مِنْ ضمان الْمُشتري مُطْلَقاً على الصّحيح من المذهب))[٤].

ما جاء في إعلام الموقّعين: ((الضّمان قبل التّمكّن من القبض كان على البائع كما كان، ولا يزيل هذا الضّمانَ إلاّ تَمَكُّنُ المشتري من القبض؛ فإذا لم يتمكّن من قبضه فهو مضمون على البائع كما كان))[٥].

ما جاء تقرير القواعد: ((القاعدة الحادية والخمسون: فيما يعتبر

---

(١) المغني لِموفّق الدّين ابن قدامة ٦/١٨١، و٢٣٣، وانظر: الشّرح الكبير ١١/٤٩٤.

(٢) المغني لِموفّق الدّين ابن قدامة ٦/١٨٥، وانظر: ٢٣ منه.

(٣) الشّرح الكبير لابن قدامة المقدسي١١/٤٩٩، وانظر: المقنع ١/٥٠٤، والإنصاف١١/٥٠١، و٥٠٤.

(٤) الإنصاف للمرداوي ١١/٣٨٥، وانظر: المقنع والشّرح الكبير ١١/٤٩٣، و٥٠٤-٥٠٥.

(٥) إعلام الموقّعين لابن القيم ص ٨٩٣.

القبض لدخوله في ضمان مالكه، وما لا يعتبر له المِلْك، يقع تارةً وتارةً بغير عقد، والعقود نوعان:

أحدهما: عقود المعاوضات المحضة، فينتقل الضّمان فيها إلى مَنْ ينتقل المِلْكُ إليه بمُجَرّد التّمكّن من القبض التّامّ والحيازة إذا تَميَّز المعقود عليه من غيره وتعيّن...

فالنّاقل للضّمان هو القدرة التّامّة على الاستيفاء والحيازة، وحكم المبهم المشتري بعددٍ أو ذرعٍ كذلك»[1].

شرح مفردات القاعدة:

القبض في الاصطلاح الفقهي هو: حيازة الشّيء والتّمكين منه، سواء أكان ممّا يمكن تناوله باليد أم لم يمكن، والمرجع في ذلك العرف[2].

ضمان، مِنْ ضَمِنَ المالَ منه، أي: كَفَلَ له به، وهو ضمينٌ، وهم ضُمَنَاؤُه[3].

وفي اصطلاح الفقهاء: هو: ردّ مثل التّالف إذا كان مِثليّاً، أو قيمته إذا كان قِيميّاً لا مثل له[4].

المعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدةٌ مِنْ القواعد الجامعة في الفقه الإسلامي في أبواب البيوع؛ حيث تبيّن أنّ المبيع لا يخرج من ضمان البائع وعهدته إلى ضمان المشتري وعهدته إلاّ بالقبض الصّحيح، فمتَى لم يتمّ القبض الذي هو التّخلية

---

(١) قواعد ابن رجب ق (٥١) ص ٢٢٦، و٢٢٧.

(٢) انظر: القوانين الفقهية ص ١٩٠، و٢١٣، و٢٤٢، وحدود ابن عرفة ٣٩٨/٢، و٤١٦، والمجموع ٢٧٧/٢، و٢٠١/٩، والمغني ٣٨٩/١، و٨/٦، و١٨٨، و٢٠٣،

(٣) انظر: أساس البلاغة ص ٣٧٩، والمصباح المنير ص ١٣٨.

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٢٥٦، وانظر: المغني ٧١/٧، والتّقابض ص ٢٠٦.

والتّخلّي والتّمكّن من التّصرّف بالمعقود عليه فلا يضمنه المشتري، وقد اشترط بعض الفقهاء مضيّ زمنٍ يتأتّى فيه نقله عادةً، فيما لا يتأتّى نقله في ساعة واحدة لكثرته؛ فإنّه لا ينتقل إلى ضمان المشتري إلاّ بعد مضي زمنٍ كافٍ[1].

وليس المقصود بالضّمان هنا الالتزام بأداء قيمة العين إن هلكت فحسب، بل يشمل كون الشّخص في حالٍ يُعَدُّ فيها هو الْمُلْتَزِم بِتحمّل تبعة الهلاك، فكلّ ما يصير في المعقود عليه بعد قبض المشتري فهو له وعليه، والضّمان حكم العين؛ لأنّ قيمة العين قائمةٌ مقامها[2].

وأيضاً فإنّ القبض الذي يَنقل الضّمان من البائع إلى المشتري هو القبض التّامّ المقصود بالعقد، وليس القبض الْمُمَكّن في حال العقد، وهذا بناء على القول الصّحيح بعدم وجود التّلازم بين التّصرّف والضّمان؛ فيجوز تصرّف المشتري مع ضمان البائع أحياناً، كما في بيع الثّمرة قبل جدّها؛ فإنّ تصرّف المشتري فيه جائزٌ[3]؛ مع أنّها مضمونة على البائع، ويمتنع التّصرّف في صبرة الطّعام المشتراة جِزافاً[4] مع أنّها في ضمان المشتري.

وبالنّظر إلى العقود على اختلافها ودراستها، يُلاحَظُ أنّ كثيراً منها

---

(١) انظر: قواعد ابن رجب ق (٥١-٥٢).

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٤٨٩-٤٩٥، و٥٠٢، و٥٠٦، والهداية ٤/٢٢٠، وإعلام الموقّعين ص ٣٠٩.

(٣) وهي أصحّ الرّوايتين عند الحنابلة. انظر:قواعد ابن رجب ص ٢٣٢-٢٣٣، وبدائع الصّنائع ٤/٣٨٩.

(٤) وهي إحدى الرّوايتين عند الحنابلة. انظر:قواعد ابن رجب ص٢٣٢-٢٣٣، وبدائع الصّنائع ٤/٣٨٩، والفروق ٣/٢٠٨ ف (١٨٠).

ممّا ينتقل ضمان الأعيان فيها من أحد العاقدين إلى الآخر بالقبض، وأنّ قسماً منها لا ينتقل الضّمان بالقبض بل تكون أمانةً في يد القابض ما لم يتعدَّ أو يفرِّط؛ كيد الوكيل، وعامل القراض، والمودَع، والشّريك.

فيتنوّع العقود بهذا الاعتبار إلى:

١-عقود الضّمان، وهي التي تُضْمَن كلّها؛ كالبيع من عقود المعاوضات.

٢-عقود الأمانات، وهي التي لا تُضْمَن إلاّ بالتّعدِّي أو التّفريط؛ كعقود الإيداع والعارية والوكالة.

٣-عقود التّبرّعات؛ كالهبة غير مضمونةٍ.

٤-وعقود مزدوجة الأثر؛ كالرّهن[1].

وبالجملة فإنّ كلّ ما جاز للمشتري التّصرّف فيه قبل أو بعد القبض فهو من ضمانه إذا لم يمنعه البائع[2].

قال في نيل الأرب: الحاصل أنّه ما قِيلَ إنّه أمانةٌ فالقاعدة فيه أنّه لا يُضْمَنُ إلاّ بتعدٍّ أو تفريطٍ أو شرطٍ، وما قيل مضمون فهو مضمون بكلّ حالٍ[3].

وقال في الموضع الآخر: «والحاصل: أنّ كلّ ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوضٍ فهو غير مضمون عليه، وما قبضه بعوضٍ فهو مضمون عليه سواء كان بيعاً أو إجارةً»[4].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٣١/٤، وإعلام الموقّعين ص ٣٠٩، وقواعد ابن رجب ق (٤٣-٥٢)، والتّقابض ص ٢٠٧، و٢١١.

(٢) انظر: الإنصاف ٥٠٨/١١.

(٣) انظر: نيل الأرب للشّيخ العلاّمة ابن عثمين ص ١٦٤، و١٩٧، و٢١٣.

(٤) نيل الأرب للعلاّمة ابن عثيمين ص ٢١٣.

تقسيم القبض من حيث قوته وأثره وضعفه إلى قسمين:

من تقسيمات العلماء للقبض: قبض الضّمان، وقبض الأمانة[(١)].

أوّلاً: قبض الضّمان، وهو ما كان فيه القابض مسؤولاً عن المقبوض تجاه غيره؛ فيضمنه إذا هلك عنده، ولو بآفة سماويةٍ. مثاله: قبض الشّراء، والمغصوب في يد الغاصب.

ثانياً: قبض الأمانة، وهو ما كان فيه القابض غير مسؤولٍ عن المقبوض إلاّ بالتّعدي أو التّقصير في الحفظ، وهذا الذي يكون القابض فيه بإذنٍ، والإذن إمّا: شرعيٌّ، أو عرفيٌّ، أو لفظيٌّ.

أمّا الشّرعيُّ؛ فكاللّقطة؛ فإنّ المال حصل في يده بغير إذنٍ لفظيٍّ له، ولا عُرْفيٍّ، ولم يبق إلاّ الإذن الشّرعيٌّ.

أمّا العرفيُّ؛ فهو ما حصل عند الإنسان لإنقاذه، مثاله: المنقذ لمالِ غيره من التّلف، وهذا النّوع من الاستيلاء في الحقيقة عُرْفيٌّ شرعيٌّ؛ ذلك أنّ المسلم مأمورٌ بإنقاذ مال أخيه المسلم، وعرفيٌّ؛ لأنّه لو قال لصاحب المال: هل يأذن له أن ينقذ مالَهُ من التَّلَف؛ لقال: نعم، ويشكره على ذلك، ولَلامَه على تركه.

أمّا اللّفظي، فكما لو قال الإنسانُ لغيره: خُذْ هذا المالَ وديعةً عندك أو عاريةً؛ فإنّ القبض هنا لفظيٌّ.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٢/٤، و٥٠٤-٥٠٥، و١٩٧/٥، و٢٠٥، وبداية المجتهد ١٢٥/٤، والذّخيرة ١٢٠/٤، والقوانين الفقهية ص ٢٢٠، والمهذّب ٤١/٢، و٢٩٢، و٣٠٦، و٣٣٥، والمجموع ٢٠٣/٩-٢٠٥، وقواعد الأحكام ٨٣/٢، والمغني ١٨٤/٦، وقواعد ابن رجب ق (٤٣)، ونيل الأرب ص ١٨٦، و١٩٤، و١٩٧، و٢١٣، والتّقابض ص ٣٩-٤٠.

وأقوى هذين النّوعين هو قبض الضّمان؛ بسبب الضّمان المترتّب عليه، ولأنّ قبض الضّمان ينوب عن قبض الأمانة وقبض الضّمان، بخلاف قبض الأمانة.

ويترتّب على هذا التّقسيم، إذا كان الشّيء المبيع مقبوضاً موجوداً في يد المشتري قبل البيع، فإمّا أن تكون يده يد الضّمان أو يد الأمانة.

وإذا كانت يده يد الضّمان فإمّا أن يضمن لنفسه؛ كالغاصب فيصير المشتري قابضاً للمبيع بالعقد نفسه، ولا يحتاج إلى تجديد القبض، ويبرأ البائع من التزام التّسليم، سواء أكان المبيع حاضراً في مجلس العقد أم غائباً.

وإمّا أن تكون يد الضّمان لغيره؛ كيد الرّهن بأَنْ باع الرّاهن المرهون مِن الْمُرتَهِن؛ فإنّه لا يعتبر قابضاً إلاّ إن كان الرّاهن حاضراً في مجلس العقد، أو يذهب إلى حيث يوجد الرّهن ويتمكن من قبضه.

وإذا كانت يد المشتري يد أمانة؛ كالمستعير أو المودَع عنده فلا يصير قابضاً إلاّ أن يكون المبيع بِحضرته، أو يذهب إليه فيتمكّن من قبضه بالتّخلّي؛ لأنّ يد الأمانة ليست من جنس يد الضّمان، فلا يتناوبان[1].

والعقود تختلف من حيث الضّمان بالقبض وعدمه، فمنها ما يُضْمَن بِمجرّد العقد، ومنها ما لا يُضْمَن إلاّ بالقبض، ومنها ما لا يُضْمَن حتّى مع القبض.

أمّا العقود التي يُضْمَن بِمجرّد انعقادها فهي التي لا يُشترط القبض في صحّتها ولا في لزومها؛ كالمبيع غير المكيل ولا الموزون ولا المعدود ولا المذروع.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٣٤٢/٤، و١٩٧/٥، و٢٠٥، والمغني١٩١/٦-١٨٢، والتّقابض ص٤٠-٤١.

أمّا العقود التي لا يضمنها القابض فهي ترجع إلى وجوه القبض، وذلك أنّ القبض إمّا أن يكون لمنفعة القابض فيكون الضّمان عليه، وإمّا أن يكون لمنفعة الدّافع فلا ضمان على القابض ما لم يتعدَّ، وإن كان لمنفعتهما معاً فينظر مَنْ أقوى مَنفعةً فيضمن[1].

مسألة: أثر القبض في العقود الفاسدة:

لا خلاف بين الفقهاء أنّ العقود الفاسدة لا يترتّب عليها قبل قبض المعقود عليه أيُّ حكمٍ شرعيٍّ، ولكنّهم اختلفوا في مسألة نقل المِلْكية وعدمها بالقبض في العقود الفاسدة، على مذهبين، وقد تقدّمت هذه الجزئية في القاعدة [٣٨] بما فيه كفاية وتغني عن إعادتها.

أمّا الضّمان؛ فإنّ القابض يَضمنه على الصّحيح[2] عند الفقهاء؛ لأنّ

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٧٣/٤، وبداية المجتهد ٣٥٤/٣، والقوانين الفقهية ص ١٦٤، و٢٢٠، وشرح حدود ابن عرفة ٣٤٥/١، والمهذّب ٨٤/٢، وإعلام الموقّعين ص ٣٠٩، وقواعدابن رجب ق (٤٣-٤٤).

(٢) ويرى فضيلة الشّيخ العلاّمة ابن عثيمين رحمه الله؛ الصّحيح أنّ المقبوض بعقد فاسد غير مضمون إذا لم يكن تَعَدٍّ أو تفريطٌ، قال رحمه الله: «القاعدة في ذلك أنّ كلّ شيءٍ أُخذَ بإذن الشّرع، أو بإذن مالكه؛ فإنّه غير مضمون إلاّ بتَعَدٍّ أو تفريط، وبناءً على هذا؛ فإنّ المقبوض بعقد فاسد فيه إذْنُ المالك دون إذن الشّرع؛ فيكون على القول الرّاجح غير مضمون إلاّ إذا تَعَدَّى أو فَرَّطَ، ونقول: صحيحٌ أنّ الْمِلْك باقٍ على يد صاحبه، ولكن لا ضمانَ عليه». نيل الأرب ص١٩٦،و٢٠٧،و٢١٠-٢١٤.

وقال في الموضع الآخر: «عندي ينبغي أن نقول في هذه المسألة: إنّه إنْ تلف بتعدٍّ منه أو تفريط؛ ضَمَّناه ضمان إتلاف، وإن تَلفَ بغير تعدٍّ ولا تفريط؛ فإنّنا لا نُضَمِّنُهُ ضمان إتلافه؛ لأنّه لَمّا كان فاسداً وقد قبضَه منْ صاحبه بإذنه؛ صار بمَنْزلة المقبوض على وجه الأمانة، والمقبوض على وجه الأمانة إذا تَلفَ بغير تعدٍّ وتفريطٍ؛ فإنّه لا يُضمن؛ فكيف أضمن ما زاد على ثَمنه؟!».نيل الأرب ص٢١٤.

=

فاسد العقد كصحيحه في وجوب الضّمان، وذلك أنّه لا يفيد مِلْكاً فلا يبيح التّصرّف وإذا تَلِفَ ضَمِنَه.

قال في بدائع الصّنائع: ((الفاسد من العقد عند اتّصال القبض كالصّحيح))[١].

وفيه: ((المقبوض بحكم عقدٍ فاسدٍ مضمونٌ؛ لأنّه يجب رَدُّه، وهو عاجزٌ عن ردّ عينه؛ فيردّ القيمة لقيامها مقام العين))[٢].

وقال في الذّخيرة: ((أمّا القبض فصورةٌ واحدةٌ في الصّحيح والفاسد))[٣].

وقال في المهذّب: ((فإنْ قبض المبيعَ لَمْ يَمْلِكْه؛ لأنّه قَبْضٌ في عقد فاسد، فلا يوجب الْمِلْكَ كالوطء في النِّكاح الفاسد، فإن كان باقياً وجب رَدُّه، وإن هلك ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التّلف))[٤].

وقال في الأشباه والنّظائر: ((كلّ عقد اقتضى صحيحه الضّمان، فكذلك فاسده، وما لا يقتضي صحيحه الضّمان فكذلك فاسده))[٥].

وقال في المغني: ((ما كان القبض في صحيحه مضموناً: كان مضموناً

=

ومذهب الشّيخ هذا في نظري أوجه وأقوى، والله تعالى أعلم.

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ٦٣٣/٣، و٦٣٤.

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٦٠٩/٣، وانظر: ١٢١.

(٣) الذّخيرة للقرافي ٢٥٦/٦، و٢٨٥/٨، وانظر: مختصر خليل ص ١٧٧، والتّاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٥٤/٦.

(٤) المهذّب لأبي إسحاق الشّيرازي ٤١/٢، و١١٣، و٣٣٥، و٤٣١، و٩/٣، والمجموع ٢٧٤/٩، وأشباه السّيوطي ص ٥٥٧، و٥٦٢.

(٥) أشباه السّيوطي ص ٤٧٤.

في فاسده،وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يُضْمَنْ في فاسده»[١].

وفيه: «حكم كلّ عقدٍ فاسدٍ في وجوب الضّمان، حكمُ صحيحه؛ فما وجب الضّمانُ في صحيحه وجب في فاسده، وما لَم يجب في صحيحه لم يَجب في فاسده»[٢].

أمّا الأوّل: فلأنّ الصّحيح إذا أوجب الضّمان فالفاسد أولى.

والثّاني: فلأنّ إثبات اليد عليه بإذن المالك، و لم يلتزم بالعقد ضماناً.

قال في تقرير القواعد: «القاعدة السّابعة والأربعون في: ضمان المقبوض بالعقد الفاسد؛ كلّ عقد يجب الضّمان في صحيحه يجب الضّمان في فاسده، وكلّ عقدٍ لا يجب الضّمان في صحيحه لا يجب الضّمان في فاسده.

ونعنِي بذلك: أنّ العقد الصّحيح إذا كان موجباً للضّمان، فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصّحيح موجباً للضّمان؛ فالفاسد كذلك؛ فالبيع والإجارة والنّكاح موجبةٌ للضّمان مع الصّحّة، فكذلك مع الفساد، والأمانات؛ كالمضاربة والشّركة والوكالة والوديعة وعقود التّبرّعات؛ كالهبة، لا يجب الضّمان فيها مع الصّحّة، فكذلك مع الفساد، وكذلك الصّدقة»[٣].

ويعنِي ذلك: أنّ استواء الصّحيح والفاسد إنّما هو في أصل الضّمان، لا في الضّامن، ولا في الكيفية، ولا في المقدار؛ فإنّهما لا يستويان في ذلك، أمّا الضّامن؛ فلأنّ الوليّ إذا استأجر على عملٍ للصّبيّ إجارةً فاسدةً؛ فإنّ الأجرة تكون على الوليّ لا في مال الصّبيّ.

وأمّا في الكيفية؛ فإنّ المبيع في البيع الفاسد مضمون العين والمنفعة،

---

(١) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١٨١/٧، وانظر: ١١٥/٨.

(٢) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ١١٥/٨.

(٣) قواعد ابن رجب ق (٤٧)، ص ٢١١.

بخلاف الصّحيح فإنّه يجب ضمان العين فقط؛ لأنّ المنفعة في العقد الصّحيح مَمْلُوكةٌ تبعاً للعين، وأمّا في الفاسد فليس هناك مِلْكٌ حتّى يقال: إنّ الْمَنْفَعة تابعةٌ له.

وأمّا المقدار؛ فلأنّ صحيح البيع مضمونٌ بالثّمن، وأمّا فاسده فمَضمونٌ ضمانَ الْمُتْلَفَات لا ضمان الْمُسَمَّى؛ لذا يضمنه -أي: المبيع الفاسد- بالعين إن كان قائماً، وإلاّ فبالمثلِ، وإلاّ فبالقيمةِ لا الْمُسمَّى؛ لأنّ الْمُسَمَّى إنّما وقع الرّضى به في ضمان العقد، والعقد غير موجبٍ للضّمان، وإنّما يترتّب الضّمان بأمرٍ آخر طارئٍ على العقد، وهو التَّلَف تحت يديه، فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل، كما لو اتّفقا على ضمان العارية عند إقباضها بشيءٍ ثم تلفت؛ فإنّه يُلْغَى الْمُتّفق عليه، ويجب المثل أو القيمة، وهذا بلا خلاف عند الفقهاء؛ لأنّ الأعيان لا تضمن بالبدل إلاّ مع فواهًا كالمغصوب(١).

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة مختلف فيها عند الفقهاء، ولهم في مسألة اشتراط القبض لانتقال الضّمان إلى جانب المشتري، خلافٌ، أَيَنتقل الضّمان إلى جانب المشتري بِمُجَرّد العقد، أعني: الإيجاب والقبول، دون القبض أم يشترط القبض فلا ينتقل إلاّ بعد القبض؟ لهم في ذلك أقوال، بعد

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٢١/٣، و٦٠٧/٤، والقوانين الفقهية ص ١٦٤، و٢٢٠، وحاشية الدّسوقي ١٤٥/٣، والمهذّب ٤١/٢، وأشباه السّيوطي ص ٤٧٦، والمغني ١٨٤/٦، وإعلام الموقّعين ص ٨٩٤، وقواعد ابن رجب ق (٤٣) ص ١٩٤-١٩٥، وق (٤٧) ص ٢١٣، و٤٥٦، وفتح الباري ٤٢٩/٤، ونيل الأرب ص ٢١٢-٢١٣.

اتّفاقهم[١] على أنّ ضمان المبيعات بعد القبض على المشتري.

القول الأوّل: التّفريق بين ما يكون فيه حقّ توفية من المبيعات من مكيلٍ أو موزونٍ أو مذروعٍ أو معدودٍ، وبين ما لا يكون فيه ذلك.

أمّا ما يكون فيه حقّ توفيةٍ من المبيعات فالقبض مشروطٌ فيها، وضمان المبيع على البائع لا ينتقل إلى المشتري بِمجرّد العقد، أي: الإيجاب والقبول بل لا بدّ من قبض المشتري.

أمّا ما عدا المكيل والموزون والمذروع والمعدود، فلا يشترط القبض الحقيقيّ لانتقال ضمان المبيع من البائع إلى المشتري، بل ينتقل بِمُجَرّد العقد مع القبض الحكمِيّ الذي هو التّخلية والتّمكين. وبه قال المالكية والحنابلة والظّاهرية[٢].

قال في المختصر: «وإذا وقع البيعُ على مكيلٍ، أو موزونٍ، أو معدودٍ؛ فتلف قبل قبضه فهو من مالِ البائع، وما عداه فلا يُحتاج فيه إلى قبضٍ، وإن تَلفَ فهو من مالِ الْمُشْتَرِي»[٣]؛ قال في المغنِي: «يعنِي: ما عدا المكيل، والموزون، والمعدود؛ فإنّه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه»[٤].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٣/٣٥٨، والقوانين الفقهية ص ١٦٤، والمهذّب ٢/٤١، و٨٤، ومختصر الخرقي ٦/١٨١، و١٨٥، والمغنِي ٦/٢٣، و١٨٣، والإنصاف ١/٣٢٥-٣٢٧، و٣٨٥، وإعلام الموقّعين ص ٣٠٩، والمحلّى ٧/٢٧١.

(٢) وهو قول سليمان بن يسار، وإليه رجع الإمام مالك بعد أن كان يقول بالقول الأوّل. انظر: بداية المجتهد ٣/٣٥٤، وعقد الجواهر ٢/٧٢٠، والذّخيرة ٥/١٢١، والقوانين الفقهية ص ١٦٤، ومواهب الجليل ٦/٣٠٧-٣٠٨، وحاشية الدّسوقي ٣/١٤٤-١٤٩، والمغنِي ٦/٢٣، و١٨١-١٩٤، والمحلّى ٧/٢٧١، وانظر أيضاً: فتح الباري ٤/٤١٣.

(٣) مختصر الخرقي ٦/١٨١، و١٨٥.

(٤) المغنِي لِموفّق الدِّين ابن قدامة ٦/١٨٥.

وجاء في المغني أيضاً: «فصل: والعقود على أربعة أضرب: أحدها: عقدٌ لازمٌ يُقْصَدُ منه العوَضُ، وهو البيع وما في معناه، وهو نوعان: أحدهما: يَثْبُتُ فيه الخياران: خيار الْمَجْلس وخيار الشّرط، وهو البيع فيما لا يُشْتَرَط فيه القبضُ في الْمَجلس، والصّلح بِمَعْنَى البيع، والهبة بعوضٍ على إحدى الرّوايتين....،

النّوع الثّاني: ما يُشْتَرَطُ فيه القبض في الْمَجلس؛ كالصَّرف، والسَّلَم، وبيع مال الرّبا بِجنسه...»[1].

من أدلّتهم:

١-الأحاديث الصّحاح السّابقة الواردة في النّهي عن بيع الطّعام قبل استيفائه وقبضه، والضّرب عليه، لأنّ التّنصيص في هذه الأحاديث يدلّ على أنّ غيره بِخلافه، قال في المغني: «وهذا يقتضي أنّ الطّعام خاصّةً لا يدخل في ضمان المشتري حتّى يقبضه»[2].

٢-حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- السّابق في القاعدة [٣٩] في قصة البَكْر الصّعب.

٣-حديث عائشة -رضي الله عنها- السّابق أيضاً في القاعدة [٣٩] في قصة الهجرة.

وجه الاستدلال منه؛ حيث دلّ على أنّ غير المكيل والموزون، والمذروع والمعدود من المبيعات ينتقل ضمانه إلى المشتري بِمُجَرَّد العقد

---

(١) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٦/٤٨-٤٩، وانظر: ١١٢.

(٢) المغني لموفّق الدّين ابن قدامة ٦/١٨٢، وانظر: المجموع ٩/١٩٨، وفتح الباري ٤/٤١٠، والمغني ٦/١٨١-١٨٢.

مع وجود التّخلية. قال في فتح الباري: «مطابقة الحديث للترجمة -مَن اشترى متاعاً أو دابةً فوضعها عند البائع، أو مات قبل أن يُقْبَضَ- من جهة أنّ البخاري أراد أن يُحَقّق انتقال الضّمان في الدّابة ونحوها إلى المشتري بنفس العقد، فاستدل لذلك بقوله صلّى الله عليه وسلّم: (قد أَخَذْتُها بالثّمن)، وقد علم أنّه لم يقبضها بل أبقاها عند أبي بكر، ومن المعلوم أنّه ما كان ليبقيها في ضمان أبي بكرٍ لِمَا يقتضيه مكارم أخلاقه، حتّى يكون الْمِلْكُ له والضّمان على أبي بكرٍ من غير قبض ثَمنٍ»[1].

٤-وقوله ﷺ: «الغُلَّةُ بالضّمان»[2].

٥-وقوله ﷺ: «الخراج بالضّمان»[3].

وجه الاستدلال منهما؛ حيث مفادهما أنّ مَنْ له الغنم والغلّة والنّماء، فإنّ عليه الخسارة والضمان، وهذا المبيع نماؤه للمشتري، فضمانه عليه[4].

قال في الجامع الصّحيح: «تفسير الخراج بالضّمان، هو: الرّجلُ يشتري العبدَ فيستَغِلُّهُ ثم يجد به عيباً فيَرُدُّه على البائع؛ فالغُلَّةُ للمشتري؛ لأنّ العبد لو هلك، هلك من مال المشتري، ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضّمان»[5].

وقال الأشباه والنّظائر: «قال الفقهاء: معناه ما خرج من الشّيء من غلةٍ، ومنفعةٍ وعينٍ، فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الْمِلك؛ فإنّه

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٤/٤١٢.

(٢) تقدّم تخريجه في القاعدة [٦٩]، التّطبيق (٥).

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [٤٩]، التّطبيق (٦).

(٤) انظر: المغني ٦/١٨٦، وإعلام الموقّعين ص ٣١٥.

(٥) سنن التّرمذي ٣/٥٨٢.

لو تلف المبيع كان من ضمانه؛ فالغلة له؛ ليكون الغنم في مقابلة الغرم»[١]، ثم أورد ما قد يعترض به على هذا الحديث في الموضع نفسه بقوله:

«وقد ذكروا هنا سؤالين:

أحدهما: لو كان الخراج في مقابلة الضّمان، لكانت الزّوائد قبل القبض للبائع، تَمَّ العقد أو انفسخ؛ لكونه مِنْ ضمانه، ولا قائل به.

وأجيب: بأنّ الخراج معلّلٌ قبل القبض بالْملْك، وبعده به، وبالضّمان معاً، واقتصر في الحديث على التّعليل بالضّمان؛ لأنّه أظهر عند البائع، وأقطع لطلبه، واستبعاده أنّ الخراج للمشتري.

الثّاني: لو كانت العلّة: الضّمان، لَزِمَ أن يكون الزّوائد للغاصب؛ لأنّ ضمانه أشدّ من ضمان غيره، وبهذا احتج لأبي حنيفة في قوله[٢]: (إنّ الغاصب لا يضمن منافع المغصوب).

وأجيب: بأنّه ﷺ قضى بذلك في ضمان الْملْك، وجعل الخراج لِمَن هو مالكه، إذا تلف على مِلْكه، وهو المشتري، والغاصب لا يَملك المغصوب، وبأنّ الخراج: هو المنافع، جعلها لِمَن عليه الضّمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يَملك المغصوب بل إذا أتلفها، فالخلاف في ضمانها عليه، فلا يتناول موضع الخلاف»[٣].

٦-وقول ابن عمر رضي الله عنه : «مَضَت السّنةُ أَنَّ مَا أَدْرَكَتْهُ الصَّفقَةُ حَيّاً مَجموعاً فهو من مَالِ الْمُبْتَاعِ»[٤].

---

(١) أشباه السّيوطي ص ٢٥٦.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٣٢-١٣٥، و١٥٩، و١٦٩-١٧١.

(٣) أشباه السّيوطي ص ٢٥٦.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٤١٢، تعليقاً، كتاب البيوع، باب إذا اشترى =

٧-ولأنّه لا يتعلّق به حقّ توفيةٍ، وهو من ضمانه بعد القبض فكان من ضمانه قبله؛ كالميراث.

٨-وتخصيص النّبيّ ﷺ الطّعام بالنّهي عن بيعه قبل قبضه دليلٌ على مُخالفة غيره له[(١)].

القول الثّاني: أنّ الضّمان على البائع قبل القبض مطلقاً، ولا ينتقل إلى المشتري إلاّ بعد القبض الحقيقيّ، وبه قال الحنفية والشّافعية روايةٌ عند الحنابلة، واستثنَى الحنفية العقّار[(٢)].

من أدلّتهم:

١-قياس المبيعات كلّها على الطّعام، والمكيل والموزون، والمذروع والمعدود.

٢-قول ابن عبّاس -رضي الله عنهما-: «ولا أحسب كلّ شيءٍ إلاّ مثله»[(٣)]، أي: مثل الطّعام في النّهي عن بيعه حتّى يُقْبَضَ.

٣-ولأنّ التّسليم واجبٌ على البائع؛ لأنّه في يده، فإذا تعذّر بتلفه انفسخ العقدُ؛ كالمكيل والموزون والمعدود.

القول الثّالث: أنّ المبيع يدخل في ضمان المشتري بِمجرّد العقد، وتكون عليه تبعة هلاكه، وتعييبه ونقصه، سواء قبضه من بائعه أو لم يقبضه،

=

متاعاً أو دابةً فوضعها عند المشتري، أو مات قبل أن يُقْبَضَ، ووصله الدّارقطني في سننه ٤/٦، برقم: (٣٠٠٦).

(١) انظر: المغني ٦/١٨٦، وفتح الباري ٤/٤١٣.

(٢) وهو قول سعيد بن المسيب وربيعة.
انظر: بدائع الصّنائع ٤/١٠٠، و١٣١، و٥٠٦، و٥٤٠-٥٤١، والمهذّب ٢/٨٤، والمغني ٦/١٨٦، وفتح الباري ٤/٤١٣.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [٣٩]، الدّليل (٢) من المسألة (١).

وسواء كان فيه حقّ أو لم يكن، وسواء كان حاضراً أم غائباً. وبه قال الظّاهرية(١).

ولعلّ الصّحيح الرّاجح هو القول المفرِّق بين الطّعام والمكيل والموزون والمذروع والمعدود، وبين ما عداه، بأنّ الضّمان ينتقل إلى المشتري في عقود المعاوضات بِمجرّد العقد مع التّمكّن والتّخلية من غير اشتراط القبض الحقيقيّ فيما عدا المذكور، وهو الذي يتّفق مع الأحاديث الواردة في البيوع؛ كحديث قصة جمل جابر، وحديث عائشة في قصة الهجرة، وحديث ابن عمر في البَكْر الصّعب؛ حيث تصرّف النّبيّ ﷺ في المبيع في جميعها بوجه من وجوه التّصرّفات الدّالّة على ثبوت اختصاص الْملْك؛ كالهبة، والتّبرّع بركوب الظّهر، ولم يَرِدْ أنّه ﷺ قَبَضه قبضاً حقيقيًّا، فدلّ على انتقال ملْكية المبيع إلى البائع بِمجرّد العقد مع القبض الحكميّ، فإذا ثبت له التّصرّف تحمل الخسارة؛ لأنّ الغلّة والخراج بالضّمان، أمّا استثناء المذكور وهو الذي فيه حقّ التّوفية، واشتراط القبض في انتقال ضمانه إلى المشتري فللأحاديث الواردة في ذلك، جمعاً بين الأدلة.

مع الإشارة إلى أنّ موجَب العقد هو انتقال المبيع إلى المشتري، ومقتضاه التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وفاء بِحقوق العقد؛ لأنّ الْملك لا يثبت لِعينه، وإنّما يثبت وسيلةً إلى الانتفاع بالْمَملوك ولا يتهيّأ

---

(١) انظر: المحلّى ٧/٢٧١.

وقال الإمام طاوس بالتّفصيل: إن كان البائع قال: لا أعطيكه حتّى تنقدني الثّمن فهلك فهو من ضمان البائع، وإلاّ فهو من ضمان المشتري.

يجاب عنه: أمّا قول البائع: لا أعطيكه حتّى تنقدني الثّمن، فَشَرْطٌ له فيه منفعةٌ صحيحةٌ معتبرةٌ؛ حيث يباح له من غير شرط وإذا شُرِطَ لزم، فهو إذن شرطٌ صحيحٌ يلزم الوفاء به فلا يكون سبباً لجناية عليه.

الانتفاع به إلاّ بالتّسليم، بناء على هذا؛ فإنّ البائع مُلْتَزِم بإقباض المبيع للمشتري بموجب العقد، فإذا كان هو السّبب في تعذّر القبض، أو تعطيله فإنّ المبيع حينئذٍ يكون في عهدته وضمانه حتّى يفي بالتزامه، وإذا وفّى والتزم وسلّم المبيع صحيحاً للمشتري زال عنه الضّمان. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

من أدلّة القاعدة:

هذه القاعدة تُعَدُّ نَتيجة استقراء الفقهاء للأدلة الواردة في أثر القبض والتّسليم -التّقابض- في المعامالات خصوصاً ضمان الْمَملوكات، وأثر ذلك في إثبات الْمِلْكية أو انتقالها، وما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد -القبض-، ومتَى يشترط القبض لدخول المعقود عليه في ضمان مالكه، فهذه القاعدة هي خلاصة استقرائهم الدّقيق وعنوانه، بناء على هذا، فإنّ الأدلّة المذكورة في كلّ ما سبق صالحةٌ دليلاً لإثبات هذه القاعدة، وحجّيّتها، وصلاحيتها، والله - سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

من تطبيقات القاعدة:

١-مَن باع شيئاً واحتبسه بالثّمن فهلك في يديه قبل أن يأتي المشتري بالثّمن؛ فإنّ الضّمان على المشتري؛ لأنّ القبض الحقيقيّ ليس من شروط انتقال الضّمان إلى المشتري في عقود المعاوضات إذا كان المبيع مُعَيَّناً بل دخل في ضمان المشتري بمُجرّد العقد ولو لم يقبض إذا أمكنه ذلك، بخلاف ما يكون في الذّمة؛ فإنّه لا يكون من ضمان المشتري إلاّ بعد القبض، كما لو اشترى قفيزاً مِنْ صبرةٍ[1].

---

(١) انظر: فتح الباري ٤/٤١٣.

٢-مَنِ اشترى داراً ولم يقبضها قبضاً حكميّاً حتّى وُجِدَ فيها قتيلٌ فهو على ضمان البائع(١).

٣-أنّ المقبوض على وجه السّوم مضمونٌ على المشتري؛ لأنّه مقبوضٌ على وجه البدل والعِوَض(٢).

٤-مَنْ قبض شيئاً على وجه التّعدّي والغصب فهو ضامنٌ له(٣).

٥-مَنْ قبض شيئاً على وجه انتقال تَملّكه بشراء أو هبةٍ أو وصية فهو ضامنٌ سواء كان البيع صحيحاً أم فاسداً؛ لأنّ فاسدَ عقدٍ كصحيحه في ضمان المبيع(٤).

٦-مَنْ قبض شيئاً على وجه سلفٍ فهو ضامنٌ له(٥).

٧-مَنْ قبض شيئاً على وجه العارية والرّهن فإن كان مِمّا لا يُغاب عليه وهي الأصول والحيوان فلا يضمنه، وإن كان مِمّا يُغاب عليه كالعروض فهو ضامنٌ إلاّ أن تقوم بيِّنةٌ على التّلف من غير تعدٍّ منه ولا تضييع(٦).

٨-مَنْ قبض شيئاً على وجه الوديعة فلا ضمان عليه سواء كان مِمّا يُغاب أم لا، ما لم يتعدَّ(٧).

---

(١) انظر: الهداية ٤/٢٢٠-٢٢١.

(٢) انظر: قواعد ابن رجب ص ١٩٠، و١٩٤-١٩٧.

(٣) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٢٠، وقواعد ابن رجب ص ١٨٦، و١٩٤.

(٤) انظر: القوانين الفقهية ص١٦٤، و٢٢٠، وحاشية الدّسوقي٣/١٤٥، وقواعد ابن رجب ص٢٠٧.

(٥) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٢٠، وقواعد ابن رجب ص ١٨٦، و١٩٤.

(٦) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٢٠، و٢١٣، وحاشية الدّسوقي ٣/١٤٦.

(٧) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٢٠.

٩-مَنْ قبض شيئاً على وجه القراض أو الإجارة على حمله، أو الإجارة على رعاية الغنم فلا يَضمن العامل ولا الأجير إلاّ أن يتعدَّى، وهو مصدَّقٌ في دعوى التّلف مع يَمينه[١].

(١) انظر: نيل الأرب ص ١٩٤، و١٩٧، و١٣١.

المبحث الثّالث: القاعدة السّادسة والسّبعون [٧٦]

[المُبَاشَرَةُ تُوجِبُ الضَّمَانَ]

القاعدة مأخوذةٌ من كلام ابن رشد ضمن مسائل الضّمان عند بيان الرّكن الأوّل، وهو الموجِبُ للضّمان؛ حيث قال: ((الرّكن الأوّل: وأمّا **الموجِبُ للضّمان؛ فهو: إمّا المُبَاشَرَة** لأخذ المال المغصوب، أو لإتلافه، وإمّا المباشرة للسّبب المتلِف، وإمّا إثبات اليد عليه))[١].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم؛ حيث رتّبوا الضَّمَانَ على المباشرة الحقيقية، أو المباشرة للسّبب المفضي إلى الإتلاف، كحافر البئر، وواضع الحجر تعدِّياً في غير مِلكه، ومُوجَبُهُ إذا أُتْلِفَ به آدَمِيٌّ معصومُ الدَّم ضَمَانُهُ بالدّية؛ لأنّه سبب التّلف، وهو متعدٍّ فيه[٢].

قال في الهداية: ((وإذا هلك النَّقْلِيّ في يد الغاصب بفعله، أو بغير فعله ضمنه))[٣].

ما جاء في روضة الطّالبين: ((المباشرةُ مُقَدَّمَةٌ على السّبب))[٤].

ما جاء في المنثور: ((يفترق ضمان الإتلاف واليدفي أنّ ضمان

---

(١) بداية المجتهد ١٣٧/٤.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٨٤، والهداية ١٣/٤، و١٥٩، والمعونة ١٣٧٠/٣، والمنثور ٧٤/٢، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٢، ق (٨٩).

(٣) الهداية للمرغيناني ١٣/٤.

(٤) المجموع للنّووي ٤/٥، وانظر: المنثور ٧٢/٢.

الإتلاف يتعلّق الحكم فيه بالمباشرة دون السّبب في الأظهر، وضمان اليد متعلِّقٌ بهما لوجوده في كلّ منهما»[(١)].

ما جاء في تقرير القواعد: «إذا استند إتلاف أموال الآدَميِّين ونفوسهم إلى مُبَاشَرَة، وسَبَب تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بالمُبَاشَرَة دون السَّبَب، إلاّ أَن تكون المُبَاشَرَةُ مُبْنِيَّةً على السَّبَب، ونَاشئةً عنه، سواء كانت مُلْجئةً إليه أم غير مُلْجئَة، ثم إن كانت المُبَاشَرَةُ والحالةُ هذه لا عُدْوَانَ فيها بالكلّيَّة؛ استَقلَّ السَّبَبُ وحده بالضَّمَان، وإن كان فيها عُدْوَانٌ شاركت السَّبَبَ في الضَّمان»[(٢)].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلّق بالرّكن الأوّل من أركان ضمان الحقوق، وهو السّبب الموجب للضّمان، وقد تقدّم في القاعدة الرّابعة والسّبعين؛ أنّ الاعتداء على حقوق الغير ظلماً وعدواناً أصلٌ للضّمان وأساسه؛ لأنّ الأصل عدم الضّمان، وإنّما التّضمين مُتَوقِّفٌ على عدم جواز الفعل وهو مباشرة التّعدِّي والاعتداء[(٣)].

والاعتداء لا يخلو إمّا أن يكون بمُبَاشرة وضع اليد غير المؤتمنة على حقوق الغير إتلافاً أو غصباً، إمّا بما يُتْلفُ قطعاً؛ كالذّبح في البهيمة، أو ما يُتْلفُ غالباً كالجرح والقطع، وهذا يُسَمَّى مباشرةً حقيقةً للمتلَف، وإثبات اليد عليه، وإمّا أن يكون بمُبَاشرة السّبب الذي يحصل بمُبَاشرته الضّمان، إذا تناول التّلف بواسطة سبب آخر، ويُسَمَّى هذا بالمباشرة للسّبب المتلف، أي: المفضي إلى الإتلاف، أو التّسبّب بالفعل في محلٍّ

(١) المنثور للزّركشي ٧٣/٢، وانظر: المجموع ١٩٤/٧.
(٢) قواعد ابن رجب ص ٥٩٨، ق (١٢٧)، وانظر: المغني ٨٥/١٢.
(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٢٣/٥، والفروق ١٨٥/٤، والذّخيرة ٣٠٠/٨.

يفضي إلى تلف غيره عادةً؛ لأنّ كلّ واحد من المباشرة والتّسبّب يقع اعتداءً وإضراراً؛ فيوجب الضّمان على القائم به؛ لأنّ الإنسان لا يثاب ولا يعاقب إلاّ على كسبه وإكسابه، ولا يكون ذلك إلاّ بِمُبَاشَرَةٍ أو بِتَسَبُّبٍ قريب أو بعيد(١).

وحدّ **المباشرة**: اكتساب علّة التّلف والهلاك، والمراد بالعلّة ما يقال من حيث العادّة: إنّ الهلاك حصل به؛ كما يقال: حصل بالأكل، والقتل، والإحراق(٢).

وحدّ **السّبب**: ما يُقال عادةً حصل الهلاك به من غير توسّط.

و**التّسبّب**:اكتساب ما يحصل الهلاك والتّلف عنده،لكن بعلّةٍ أخرى، إذا كان السّبب هو المهيِّء والمفضي لوقوع الفعل بتلك العلّة؛ كحفر البئر في محلٍّ عدواناً؛ فيرتدي فيها إنسانٌ، أو بهيمةٌ أو غيرها، فإن أَرْدَاها غير الحافر فالضّمان عليه دون الحافر تقديماً للمباشر على المتسبِّب(٣).

على أيّة حال، فإنّ المتلفات نفساً كانت أو غير نفسٍ من الحقوق المالية أو غيرها مضمونةٌ ولا يسقط الضّمان مطلقاً، عمداً كان الاعتداء أو خطأ؛ لأنّ ضمان إتلافات الآدَمِيّ وتعدِّياته من باب الجوابر، والجوابر مشروعةٌ لِجلب ما فات من المصالح، والزّواجر مشروعةٌ لِدرء المفاسد، فالغرض من

---

(١) انظر: عيون المسائل ص ١١٨، ومختصر القدوري ص ١٢٩، وبدائع الصّنائع ٢٣٧/٥، و١٦٥/٦، وبداية المجتهد ٤٤٠/٣، و١٣٧/٤، والمهذّب ٣٣٩/٢، وقواعد العزّ ١٣٤/١، و١٥٤/٢-١٥٥.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٨٦٣/٣، وقواعد العزّ ١٨٠/١-١٨١، و١٥٤/٢، وروضة الطّالبين ٣١٣/٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٨/٦، والمعونة ١٣٧٠/٣، وعقد الجواهر ٨٦٤/٣، والفروق ٣٠/٤-٣٢، وقواعد العزّ ١٥٥/٢،وروضة الطّالبين ٣١٣/٩-٣١٨، والمنثور ٧٤/٢-٧٥،وقواعد ابن رجب ص٤٥٢.

الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون مَنْ وجب عليه الجبر آثماً، ولذلك شُرِعَ الجبر مع الخطأ والعمد،والجهل والعلم،والذِّكر والنّسيان،وعلى المجانين والصّبيان، بخلاف الزّواجر؛ فإنها مشروعةٌ لِدرء المفاسد، لذلك؛ فإنّ معظمها لا يَجب إلاّ على عاصٍ زجراً له عن المعصية، وقد تَجب الزّواجر دفعاً للمفاسد من غير إِثْمٍ، ولا عدوانٍ، كما في تأديب الصّبيان استصلاحاً لهم.

والجوابر تقع في العبادات، والأموال، والنّفوس، والأعضاء، ومنافع الأعضاء والجراح[1].

إذا تقرّر أنّ إتلاف أموال الآدميِّين ونفوسهم بالتّعدِّي مضمونٌ، وأنّ الأصل في موجِب الضّمان هو المباشرة، فهل المباشرة مناط الضّمان مطلقاً، أي: في كلّ وجه، وعلى أيّ حالٍ، أم قد يترتّب الضّمان على سببٍ آخر مع وجود المباشرة؟ يتبيّن هذا في الفقرة التّالية.

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

القاعدة محلّ الاتّفاق بين الفقهاء في الجملة، وإنّما اختلفوا في بعض صورٍ وتفاصيلَ فيما يأتي ذكر شيءٍ منها:

أحوال المباشرة والتّسبب عند اجتماعهما[2]:

الأصل أنّ المباشرة توجب الضّمان كما هو منصوص القاعدة، لكن

---

(١) انظر: الذّخيرة٣/٣٠١،و٨/٣٠٠،وقواعد العزّ١/١٧٨،و١٨٠-١٨٥،و٢/١٥٦، والمغني٨/١١٧.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٣/١٠٩١-١٠٩٣، والذّخيرة ٣/٣١٧، والمهذّب ٢/٣٣٩، و٣/٢٩٠، وروضة الطّالبين ٩/٣١٣-٣٣١، وتكملة المجموع ١٤/٢٧٩-٢٨٣، وقواعد ابن رجب ص ٥٩٨-٦٠٤، ق (١٢٧)، ونيل الأرب ص ٥٩٨-٦٠٢.

إذا اجتمع السّبب والمباشرة، فالسّبب لا يخلو إمّا أن يكون تامّاً مُلجئاً مُلزِماً أم ناقصاً غير مُلجئ، فإذا انضمّ إلى السّبب إلْجاءٌ فصار سبباً تامّاً مُلجئاً؛ بحيث لا يكون لمتلبِّسه بدّ تعلّق الحكم بالمسبِّب المُلْجِئ، فإنّ السّبب هنا مُقَدَّمٌ على المباشرة، وهو المراد بقول بعض أهل العلم: التّسبّب يُنَزَّل مَنْزِلَة المباشرة في وجوب الضّمان، وقد يُقَدَّم عليها[1].

وإمّا أن يكون السّببُ ناقصاً غير ملجئ، فإنّه في هذه الحالة لا يؤثّر، ويرتّب الحكم على المباشرة؛ لأنّ الأصل أنّه متى أمكن إحالة الضّمان على المباشر أحيل عليه، ومَتَى امتنعت إحالة الضّمان على المباشِر أحيل على المتسبِّب؛ صيانةً للجناية على مال المعصوم عن الإهدار مهمّا أمكن[2].

وتَتَلَخَّص ممّا تقدّم ثلاث أحوال[3]:

الحالةُ الأولَى: تقديم المباشرة على التّسبب أو الشّرط:

ضابطها: ألاّ تكون المباشرةُ مَبْنِيَّةً على السَّبَبِ وليست ناشئةً عنه؛ فالضّمان على المباشرة، على القاعدة، أي: إذا اجتمع مُتَسَبِّبٌ ومُبَاشِرٌ،

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٨/٦، وعقد الجواهر ١٠٩١/٣-١٠٩٣.

(٢) انظر: عقد الجواهر ١٠٩٣/٣، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٢.

(٣) انظر هذه الأحوال بتفاصيلها وأمثلتها المذكورة في: بدائع الصّنائع ٤٢٧/٥، و٤٣١، و١٨٩/٦-١٩١، وأنيس الفقهاء ص ٩٩، والمعونة ١٣٧٠/٣، والاستذكار ١٤٨/٧-١٤٩، وبداية المجتهد ١٣٧/٤، والمنتقى ٩٢/٩، وعقد الجواهر ١٠٩١/٣-١٠٩٤، والفروق ٢٧/٤، والذّخيرة٨ /٢٩٩-٣٠٠، والمهذّب ٢٩٣/٣، و٣٣١-٣٤١، وقواعد العزّ ١٥٥/٢-١٥٧، والمهذّب ٣٣٤/٣، وروضة الطّالبين ٣١٥/٩-٣١٨، والمنثور ٧٤/٢-٧٥، وتكملة المجموع ٢٧٩/١٤، والمنقع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٩٩/١٥-٣٠٤، وشرح مختصر الرّوضة ٢٠٤/١، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٢-٤٥٣، و٤٧٥، و٥٩٨-٦٠٤، ق (١٢٧)، ونيل الأرب ص ٥٩٨-٦٠٢.

والمباشرةُ ليست مَبْنِيَّةً على السَّبَبِ؛ فالضَّمان على المباشِرِ؛ لأنّ السّبب هنا ناقصٌ غير مُلْجِئ، من أمثلتها:

١-إذا حفر فلانٌ من النّاس بئراً عدواناً، ثم دفع فلانٌ آخرُ غيرُ الحافر فيها آدَمِيّاً معصوماً، أو مالاً لِمَعْصُومٍ؛ فسقط فتلف؛ فَحَفْرُ البئر شرطٌ أو سببٌ، والتّردِّي علّةٌ، أي: مباشرةٌ، فالضّمان على الدّافع وحدَهُ؛ لأنّ الحكم هنا للمباشرةِ، وهي توجب الضّمان، فالقصاص والضّمان يتعلّقان بالتّردية، ولا اعتبار بالحفر معها، تغليباً للمباشرة على التّسبّب؛ لأنّ الأصل إذا اجتمع السّبب والاختيار -المباشرة- تعلّق الحكم بالاختيار دون السّبب.

٢-وكذلك إن لم تكن العلّة عدواناً، بأن تخطّى شخصٌ الموضع جاهلاً، فَتَرَدَّى فيها وهلك؛ فلا ضمان على الحافر، إنّما على المتخطّي جاهلاً.

٣-إذا فتح شَخْصٌ قفصاً عن طائرٍ؛ فاستقرّ بعد فتحه، فجاء شَخْصٌ آخر فَنَفَّرَهُ؛ فالضّمان على المُنَفِّر وحده بلا خلاف بين فقهاء الأمصار؛ لما سبق، ومثله في عبدٍ يُحَلُّ قيده فيستقرّ بعد الحلّ ويأتي شخصٌ آخر غير الحالّ فيهيّجه، فالضّمان على المهيِّء وحده؛ لأنّه المباشرُ[١].

٤-لو رَمَى شَخْصٌ معصوماً من شاهقٍ، فَتَلَقَّاه شَخْصٌ آخر غير الرّامي بسيفٍ؛ فَقَدَّهُ به، فالقاتل هو الثّاني المُتَلَقِّي؛ لأنّه المباشرُ دون الرّامي.

٥-إذا ضرب شخصٌ بطنَ امرأةٍ فألقت جَنيناً وفيه حياةٌ غير مستقرّة، فضرب الجنينَ شخصٌ آخر فمات؛ فالقاتلُ هو الأوّل، وعليه الغرّةُ،

---

(١) ويأتي الكلام على اختلاف الفقهاء فيما إذا كان الطّيران من غير تنفيرٍ قريباً إن شاء الله تعالى.

ويُعَزَّرُ الثّاني؛ لأنّ الضّارب ليس بِمُتَسَبِّبٍ، بل هو مُبَاشِرٌ للقتل؛ والمباشرة توجب الضّمان، ولذلك لزمه.

٦-الإكراه[1] على القتل إذا كان إكراهاً ناقصاً غير مُلجئ، وهو الذي يكون للمُكرَه فيه قصدٌ وإرادةٌ واختيارٌ، فإذا أقدم المُكرَهُ على القتل والحالة هذه؛ فإنّ الأقرب أن يكون الضّمانُ عليه؛ لأنّه مُبَاشِرٌ باختياره وإرادته، والمكرِه مُتَسبِّبٌ، ويمكن إحالة الضّمان على المباشِرِ فيكون هو الضّامن، تقديماً للمُبَاشَرَةِ على التَّسبُّب.

٧-الغاصبُ إذا قَدَّمَ الطّعامَ المغصوبَ لِعَالِمٍ بالغصب؛ فإنْ كان صاحب الطّعام بَرِئت ذمّة الغاصب؛ لأنّه مُبَاشِرٌ مُخْتَارٌ لإتلاف مال نفسه، وإن كان غيره استقرّ الضّمان على الآكل؛ لأنّه مُبَاشِرٌ مُختارٌ لإتلاف مال غيره بغير إذنٍ، والمالك مُخَيَّرٌ في تضمين أيّهما شاء[2].

---

(١) الإكراه لغةً: الإرغام والقهر.
واصطلاحاً: حَملُ إنسانٍ على تصرُّفٍ، أو امتناع عن تصرُّفٍ بغير رضاه بغير حقٍّ، والإكراه نوعان:
أحدهما: إكراهٌ تامٌّ مُلْجِئُ، أي: مُلْزِمٌ؛ بحيث يكون المُكْرَهُ مسلوبَ القصد والإرادة، ولا يكون له اختيارٌ بالكلّيّة، وتنتفي الإرادة، بل يكون فيه المُكْرَه كآلةٍ بيد مُكْرِهه، وهذا يُسْقِطُ أثرَ التّصرُّف غالباً.
والثّاني: إكراهٌ ناقصٌ غيرَ مُلْجِئٍ، وهو الذي يكون للمُكْرَه فيه قصدٌ وإرادةٌ واختيارٌ.
انظر: المفردات ص ٤٣١-٤٣٢، وطلبة الطّلبة ص ٣٢٢، والمصباح المنير ص ٢٠٣، وأنيس الفقهاء ص ٩٩، والمنثور ١/٩٥، وأشباه السّيوطي ص ٣٦٦-٣٧٢، ونيل الأرب ص ٦٠١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٦٦، وشرح المنظومة السّعدية للشّثري ص ٩٨-٩٩.

(٢) انظر: الذّخيرة٨/٢٩٩-٣٠٠،والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف١٥/٢٤٣-٢٤٤.

الحالةُ الثّانيةُ: تقديم التّسبّب أو الشّرط على المباشرة:

ضابطها: أن تكون المُبَاشَرَةُ مَبْنِيَّةً على السَّبَبِ وناشئةً عنه، وليس فيها عُدْوانٌ، وإنّما العدوان في السَّبَبِ؛ فالضَّمَانُ على المُتَسَبِّبِ وحده دون المباشر، سواء كانت المباشرةُ مُلْجَئَةً أم غير مُلْجِئَةٍ؛ لأنّ السَّبَبَ هنا تامٌّ مُلْجِئٌ، ومن أمثلتها:

١-الإكراه على القتل إذا كان إكراهاً تامّاً مُلجئاً، وهو الذي لا يكون للمُكرَه فيه قصدٌ ولا إرادةٌ ولا اختيارٌ، بل كآلة بيد المُكْرِه، فإذا أقدم المُكرَهُ على القتل والحالة هذه؛ فإنّ الأقرب أن يكون الضّمانُ على المُكْرِه؛ لأنّ المكرَه آلةٌ بيد المكرِه، مسلوبُ القدرة والإرادة والاختيار إيثاراً وإرضاء، والمُكْرَهَ كمُبَاشِرٍ، وإن كان مُتَسِّبباً حقيقةً إلاّ أنّ السّبب هنا تامٌّ مُلجئٌ، ويمكن إحالة الضّمان على المكرِه فيكون هو الضّامن، تقديماً للتَّسبُّبِ على المبَاشَرَةِ، فيكون المكره هو المتلف من حيث المعنَى، وهذا النّوع من الفعل ممّا يمكن تحصيله بآلة غيره؛ بأن يأخذ المكرِه المكرَه فيضربه على المال، فكان التّلف حاصلاً بالإكراه، فوجب الضّمان عليه[1].

٢-الرّجوع عن الشّهادة بعد القضاء يُوجِبُ الضّمان؛ وسببه إتلاف المال أو النّفس بالشّهادة، كما لو قتل الحاكمُ شخصاً حَدّاً أو قصاصاً بشهادة الشّهود، ثم أقرّوا أنّهم تعمّدوا الكذبَ؛ فالضّمانُ والقودُ عليهم دون الحاكم؛ لأنّ الضّمان في الشّرع يَجب إمّا بالالتزام أو بالإتلاف، وإذا لم يوجد الالتزام منهم تعيّن أنّ الإتلاف عدوانٌ وتَعدٍّ،

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ١٨٩/٦-١٩١، وأنيس الفقهاء ص٩٩، وعقد الجواهر ٨٦٤/٣، و١٠٩٣، وقواعدالعزّ ١٥٥/٢.

والتّعدّي سببٌ لوجوب الضّمان، وهو على الشّهود؛ لأنّهم المتعدُّون المتسبِّبون، والسّبب هنا مُلْجِئٌ فتعلّق الضّمان به.

٣-وعلى هذا يُتَخَرَّجُ إذا شَهِدَ شاهدان على رجلٍ بألف، وقضى القاضي بشهادهما ثم رجعا؛ أنّهما ضامنان للألف؛ لأنّهما لَمَّا رجعا عن شهادهما بعد القضاء تبيّن أنّ شهادتيهما وقعت سبباً للإتلاف في حقّ المشهود عليه عُدواناً، والتّسبّب إلى الإتلاف بِمَنْزِلة المباشرة في حقّ سببية وجوب الضّمان؛ كالإكراه على إتلاف المال، وحفر البئر على قارعة الطّريق، ونحوه، خصوصاً أنّ الشّاهد في الرّجوع عن شهادته مُتَّهَمٌ، والسّبب هنا أيضاً مُلجئٌ.

ويستوي في وجوب الضّمان بالرّجوع؛ الرّجوع عن الشّهادة، والرّجوع على الشّاهدة؛ حتّى لو رجعت الفروعُ، وثبت الأصولُ يَجب الضّمان على الفروع؛ لوجود الإتلاف منهم؛ لأنّ الشّهادة منهم حقيقة، ولو رجع الأصولُ وثبت الفروعُ فلا ضمان على الفروع؛ لانعدام الرّجوع منهم حقيقةً، وهل يجب الضّمان على الأصول؟ فيه خلافٌ بناءً على تَحقيق مَنِ المُبَاشِرُ بالشّهادة، فَمَن قال يَجب الضّمان على الأصول، قال: إنّ الفروع لا يشهدون بشهادة أنفسهم، وإنّما يفعلون ذلك بشهادة الأصول، فإذا شهدوا فقد أظهروا شهادهم؛ فكأنّهم حضروا بأنفسهم وشهدوا حقيقةً ثم رجعوا؛ فيكونون باشروا الشّهادة والرّجوع، والمباشر ضامنٌ.

وَمَن قال لا يجب الضّمان على الأصول، قال: إنّ الشّهادة وجدت من الفروع حقيقةً لا من الأصول لعدم الشّهادة حقيقةً؛ فإنّهم لم يشهدوا حقيقة، وإنّما شهد الفروع، وهم ثابتون على شهادهم؛ فلم يوجد الإتلاف من الأصول لعدم الشّهادة منهم حقيقةً، فلا يضمنون؛ لأنّهم لم

يباشروها، وإنّما الضّمان على المباشر[١].

٤- من وجوه تقديم التّسبّب على المباشرة؛ تقديم الطّعام المسموم، وأطعمة فيها طعامٌ مسمومٌ؛ فأكله إنسانٌ معصومُ الدَّم فمات؛ فهنا يُقَدَّمُ السَّبَبُ على المباشرة؛ لأنّ السَّبَبَ تامٌّ ملجئٌ، فيكون الضّمان على مُقَدِّم الطّعام المسموم.

٥- الغاصبُ إذا قَدَّمَ الطّعامَ المغصوبَ لِمَن لا يعلم بالغصب سواء صاحب الطّعام أم غيره، وقال له الغاصب: كُلْ فإنّه طعامي استقرّ الضّمانُ على الغاصب؛ لأنّه مُتَسَبِّبٌ، والسّببُ تامٌّ مُلجئٌ، وإن لَم يقل له شيئاً، فكذلك على الصّحيح من المذهب عند المالكية والحنابلة[٢].

٦- فتح القفص بغير إذن ربّه؛ فيطير ما فيه من غير تنفير؛ حتّى لا يقدر عليه، وكذلك حلّ قيد دابة من رباطها، أو عبد مقيَّد خوف الهرب؛ فيهرب من غير تَهييجٍ، وكذلك فتح الزّقّ فيه مائعٌ فسال؛ والسّارق يترك الباب مفتوحاً وليس في الدّار أحدٌ؛ فيسرق منها؛ فعلى مَنِ الضّمان؟ فإن كان طيران الطّائر، وهروب الدّابة، وسيلان المائع ونحوه من تأثير الفاعل وتهييجه وتنفيره فالضّمان عليه إجماعاً، وهو الذي تقدّم في الحالة الأولى؛ لأنّه قد ألْجَأه بالتّنفير والتّهييج والطّيران، فهو المباشر، والمباشرة توجب الضّمان، وأمّا إن لم يكن منه تَهييجٌ ولا تنفيرٌ سوى الفتح والحلّ والزّقة؛ فلهم في ذلك مذاهب:

المذهب الأوّل: أنّ الضّمان على فاتح القفص، وحلِّ القيد؛ لأنّه مُتَسَبِّبٌ، سواء كان الطّيران أو الهروب عقيب الفتح والحلّ أم لا، وبه قال

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع٥/٤٣٣، وعقدالجواهر٣/١٠٩١،وقواعد العزّ٢/١٥٥-١٥٧.

(٢) انظر: الذّخيرة ٨/٢٩٩-٣٠٠، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٥/٢٤٣-٢٤٤.

المالكية والحنابلة وبعض الحنفية[١].

من أدلّتهم في ذلك:

أ- قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٢]، سقط بعمومه خصوص التّسبّب، وبقي الغرم بِمجرّد تعدٍّ[٣].

ب- ولأنّ هذه الأمور سبب الإتلاف عادةً؛ فتوجب الضّمان كسائر صور التّسبّب المجمع عليها، ذلك أنّ فتح باب القفص، وحلّ القيد وقع إتلافاً للطّير والعبد والدّابة تسبّباً؛ لأنّ الطّيران للطّير والهروب للعبد والدّابة طبعٌ لكلّ واحد منهم؛ فالظّاهر أنّه يطير ويهرب إذا وجد المخلّص فكان الفتح والحلّ إتلافاً له تسبّباً فيوجب الضّمان[٤].

ت- القياس على ما إذا فتح مراحه فخرجت ماشيته فأفسدت الزّرع؛ فإنّه يضمنه، كذا هنا بِجامع التّسبّب[٥].

ث- ولأنّ الصّحيح التّفريق بين مَا يُحال الضّمان على فعله؛ كالآدمِيّ، وما لا يُحال الضّمان على فعله؛ كالحيوانات والجمادات، والمباشرة هنا حصلت مِمّن لا يُمكن إحالة الحكم عليه، فيسقط[٦].

---

(١) وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية. انظر: بدائع الصّنائع ١٦٧/٦، والمعونة ١٢٢١/٢، وبداية المجتهد ١٣٧/٤، والفروق ٢٧/٤، و١٨٦، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٢٩٩-٣٠٤، وقواعد بن رجب ص ٤٥٢، و٥٩٨-٥٩٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

(٣) انظر: الفروق ٢٨/٤.

(٤) انظر: بدائع البدائع الصّنائع ١٦٧/٦، والفروق ٢٨/٤، وتكملة المجموع ٢٧٩/١٤، والشّرح الكبير ٣٠٠/١٥، وقواعد ابن رجب ص ٥٩٨-٥٩٩.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٧/٦، والفروق ٢٨/٤، وتكملة المجموع ٢٧٩/١٤.

(٦) انظر: الشّرح الكبير ٣٠٠/١٥، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٢، و٥٩٨.

المذهب الثّاني: ذهب الشّافعية إلى عدم تضمين المتسبِّب هنا، إلاّ إن طار الحيوان عقب الفتح، أو هرب العبد أو الدّابة عقب حلّ القيد، وإلاّ فلا ضمان؛ لأنّ الحيوان طار حينئذٍ بإرادته واختياره لا بالفتح، وكذلك العبد والدّابة[١].

من حجّتهم:

أ- أنّه إذا اجتمع التّسبّبُ والمباشرةُ، أثّرت المباشرةُ دونه، والطّير مُبَاشرٌ باختياره لحركة نفسه، كَمَن حفر بئراً عدواناً فأردى فيها غَيرُه إنساناً؛ فإنّ المردي يضمن دون الأوّل، والحيوان قصده معتَبَرٌ، بدليلٍ أنّ جوارح الصّيد إن أمسكت صيداً لأنفسها لا يؤكل الصّيد، وإن كان للصّائد أُكِلَ[٢].

ب- ولأنّ السّبب الواجد من فاتح القفص ناقصٌ غير ملجئٍ، ووجد من الطّائر مباشرةٌ، والسّببُ إذا لم يكن مُلْجئاً، واجتمع مع المباشرة، سقط حكمه، كما لو حفر بئراً فوقع فيها إنسانٌ باختياره[٣].

أجيب عن تعليلهم[٤]؛ بأنّه لا يسلّم لكم أنّ الطّائر كان مُختاراً للطّيران، ولعلّه كان مُختَاراً للإقامة وعدم الطّيران؛ لانتظار العلف، أو خوف الجوارح الكواسر، وإنّما طار خوفاً من الفاتح، وإذا احتمل هذا

(١) انظر: المهذّب ٢/٣٣٩-٣٤١، وروضة الطّالبين ٥/٤-٧، وتكملة المجموع ١٤/٢٧٩،

(٢) انظر: عيون المسائل ص ١١٦، والمعونة ٣/١٣٧٠، والاستذكار ٧/١٤٨-١٤٩، والفروق ٤/٢٨، و١٨٥-١٨٦، وروضة الطّالبين ٩/٣١٦-٣١٨، والمنثور ٢/٧٤-٧٥، وتكملة المجموع ١٤/٢٧٩، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٢-٤٥٣.

(٣) انظر: المهذّب ٢/٣٣٩، وروضة الطّالبين ٩/٣١٦-٣١٨، والمنثور ٢/٧٤-٧٥، وتكملة المجموع ١٤/٢٧٩، والشّرح الكبير ١٥/٢٩٩-٣٠٠، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٢-٤٥٣.

(٤) انظر هذه الأجوبة في: الفروق٤/٢٨-٢٩، و١٨٥، وقواعد ابن رجب ص٤٥٢.

وذاك، والسّبب معلومٌ أضيف الضّمان إليه؛ كحافر بئرٍ يقع فيها حيوانٌ مع إمكان اختياره لِنُزُولها لفزع خلفه أو غير ذلك.

وأمّا الصّيد فإن سُلِّمَ أنّه لا يؤكل منه إذا أكل منه الجارح، لكن الضّمان مُتَعَلِّقٌ بالسّبب الذي توصل به الطّائر لِمقصده، كَمَنْ أرسل بازياً على طائر غيره؛ فقتله البازي باختياره؛ فإنّ المرسِل يضمن، وهذه المسألة تقتضي اختيار الحيوان.

ولا يُسَلَّم أنّ الفتح أو حلّ القيد سببٌ مُجرَّدٌ، بل هو في معنى المباشرة؛ لِمَا في طبع الطّائر من النّفور من الآدَمي.

وأمّا قياس حركة الحيوان على إلقاء غير الحافر للبئر إنساناً، أو إلقاؤه نفسه في البئر؛ فإنّه قياسٌ مع الفرق؛ ذلك أنّ قصد الطّائر ونحوه ضعيفٌ؛ لقوله ﷺ: «العَجْمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ[1]»[2]؛ لأنّه محمولٌ على أنّ ما أتلفته بالنّهار، أو أتلفته باللّيل بغير تفريطٍ من مالكها، أو أتلفته وليس معها أحدٌ؛ فهو غير مضمونٍ، وقد جاء في تفسيره أيضاً: العَجْمَاءُ: الدَّابةُ المنْفَلِتَةُ من

---

(١) العَجْمَاءُ، تأنيث أعجم، هو كلّ حيوانٍ سوى الآدَميّ، وسُمِّيتَ البهيمة عَجْماءَ؛ لأنّها لا تتكلّم.
وجَرْحُها: إتلافها، سواء كان بالجَرح أو غيره، وليس ذكرُ الجرحِ قيداً، وإنّما المراد به إتلافها بأيّ وجه كان، سواء بجَرحٍ أو غيره، وإنّما خرج مخرج الغالب، ولا مفهوم له.
والجُبَارُ: الهَدَرُ الّذي لا شيءَ فيه، وفَسَّرَه الإمام مالكٌ بأنّه ما لا دية فيه، وأصله أنّ العرب تُسَمِّى السّيل جُبَاراً، أي: لا شيء فيه.
انظر: الموطّأ ٨٦٩/٢، وسنن التّرمذي ٦٦١/٣، وسنن ابن ماجه ٨٩١/٢، ومعالم السّنن ٧١٥/٤، والاستذكار ١٤٦/٧، والمنتقى ٨٩/٩، والنّهاية ٢٥٥/١، وعارضة الأحوذي ١٤٥/٦، وشرح مسلم ٢٢٢/١١-٢٢٣، وفتح الباري ٤٢٧/٣، و٤١/٥، و٢٦٦/١٢، و٢٦٩.

(٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ٢٦٥/١٢، كتاب الدِّيات، باب المعدن جُبارٌ، والبئر جُبارٌ، برقم: (٦٦٦٩)، ومسلم في صحيحه ١٣٣٤/٣، كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار، برقم: (١٧١٠).

صاحبها، لا يكون معها أحدٌ؛ فما أصابت مِن انفلاتها فلا غرم على صاحبها[١].

وإتلافات الآدمِيّ مضمونةٌ، مقهورٌ مُتْلِفُها على ضمانها، قَصَدَ أو لَم يَقْصِد؛ لأنّ الضّمان من باب الجوابر، وعمد القصد وخطأُهُ في الجوابر سواء؛ لذلك لو كان مع العجماء سائقٌ، أو قائدٌ، أو راكبٌ؛ فأتلفت بيدها أو برجلها، أو فمها ونحوه، وجب ضمانه في مال الذي هو معها، وسواء كان مالكاً، أو مستأجراً، أو مستعيراً، أو غاصباً، أو مودَّعاً، أو وكيلاً أو غيره[٢].

المذهب الثّالث: ذهب الحنفية إلى أنّه لا يضمن إلاّ في الزّقّ إذا حلّه فيتبدّد ما فيه، وسال وهلك؛ فإنّه يضمنه[٣].

حجّتهم: أنّ الفتح والحلّ ليس بإتلاف مباشرةً ولا تسبّباً، أمّا المباشرة فظاهرة الانتفاء، وأمّا التّسبّب فلأنّ الطّير مختارٌ في الطّير؛ لأنّه حَيٌّ، وكلّ حَيٍّ له اختيارٌ فكان الطّيران مضافاً إلى اختياره، والفتح سببٌ مَحضٌ فلا حكم، كما إذا حلّ القيد عن عبد إنسانٍ حتّى أبق أنّه لا

---

(١) انظر: سنن أبي دواد ٧١٦/٤، وسنن التّرمذي ٦٦١/٣، وسنن ابن ماجه ٨٩١/٢، ومعالم السّنن ٧١٥/٤، والتّمهيد ١٧٢/١٣، والاستذكار ٢١٣/٦، و٢١٥، والشّرح الكبير ٢٩٩/١٥-٣٠١، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٢-٤٥٣، وفتح الباري ٢٦٦/١٢.

(٢) انظر: التّمهيد ١٧٣/١٣-١٧٧، والاستذكار ٢١٤/٦، والذّخيرة ٣٠١/٣، والمهذّب ٣٣٧/٣، وقواعد العزّ ١٧٨/١، و١٨٠-١٨٥، والمغني ١١٧/٨، و٥٤٣/١٢-٥٤٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف٣٣١/١٥،وقواعد السّعدي ص٤٣،وشرح مسلم٢٢٢/١١،وفتح الباري٢٦٦/١٢،و٢٦٩.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ١٦٧/٦.

ضمان عليه، بخلاف شقّ الزّقّ الذي فيه دُهنٌ مائعٌ؛ لأنّ المائع سيّال بطبعه؛ بحيث لا يوجد منه الاستمساك عند عدم المانع إلاّ على نقض العادّة؛ فكان الفتح تسبّباً للتّلف فيجب الضّمان[١].

يُجاب عن حجّتهم بما أجيب به حجج الشّافعية.

والذي يترجّح في نظري؛ ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، من أنّ فاتح القفص، وحالّ قيد العبد أو الدّابة ونحوه ضامنٌ؛ لأنّه متعدٍّ بفعله، ولأنّ التّسبُّب هنا مُقَدَّمٌ على المباشرة، والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

ومن أمثلته أيضاً: مَنْ حفر بئراً فسقط فيه شيءٌ فهلك، فهنا لا يخلو حفره من أن يكون على وجه تعدٍّ، أو ليس على وجه تعدٍّ؛ فإن كان غير متعدٍّ فلا يضمن، لقوله ﷺ: «والبئرُ جُرْحُهَا جُبَارٌ»[٢]، فإنّه دَالٌّ على أنّ البئر العادية القديمة التي لا يُعلَمُ لها مالكٌ، تكون في البادية فيقع فيها إنسانٌ، أو دابةٌ فلا شيءَ في ذلك على أحد، وكذلك مَنْ يَحفر في ملكه، أو في مواتٍ؛ فيمرّ بها مارٌّ فيسقط فيها فيموتُ، أو يستأجر أجراء يحفرون له، أو يعملون فيها فانهارت، ووقعت عليهم فيموتون، فلا ضمان على الحافر غير المتعدّي أو المستأجر في ذلك إذا لَم يكن منه تَسَبُّبٌ ولا تغريرٌ؛ بل الضّمان على المباشر تقديمٌ للمباشرة على التّسبب؛ فدماؤهم هدر؛ لأنّهم أعانوا على أنفسهم، فزال العتب عَمَن استأجرهم[٣].

وأمّا إن كان الحافر مُتعدّياً بأن حفر البئر في طريق المسلمين، أو

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٦٧-١٦٨، وتكملة المجموع ١٤/٢٧٩، والشّرح الكبير ١٥/٣٠٠.

(٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، المتقدّم تخريجه قريباً من هذه القاعدة.

(٣) انظر: معالم السّنن ٤/٧١٥-٧١٦، والاستذكار ٧/١٤٨-١٤٩، وشرح مسلم ١١/٢٢٣-٢٢٤، وفتح الباري ١٢/٢٦٦-٢٦٧، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٢.

ملك غيره بغير إذنه؛ فتلف فيها إنسانٌ؛ فإنّه ضامنٌ لِمَا أتلف وهلك، تقديماً للسّبب على المباشرة؛ لأنّه متعدٍّ، فيجب ضمانه على عاقلة حافرها، والكفّارة في مال الحافر، وضمان ما تلف بها من غير الآدمي في مال الحافر، ويلحق بالبئر كلّ حفرة على التّفصيل المذكور، وهذا التّفصيل قول المالكية والشّافعية والحنابلة[(١)].

وخالف الحنفية، ولم يفصّلوا هذا التّفصيل، بل ضَمِنوا حَافِرَ البئر المُتَسَبِّبَ مطلقاً، ولم يَضْمَنُوا الواقعَ المباشِرَ؛ قياساً على راكب الدّابة، ولا قياس مع النّصّ، وقد خالفوا أصلهم في فاتح القفص؛ حيث ضَمَّنوا الطّائرَ المباشِرَ، ولم يُضَمِّنوا الفاتحَ المتسبِّبَ[(٢)].

والمراد بالجُرْحِ في الحديث؛ ما يَحصل بالواقع فيها من الجراحة، وليست الجراحةُ مخصوصةً بذلك، بل كلّ الإتلافات مُلْحَقَةٌ بها، وإنّما عُبِّرَ بالجَرح؛ لأنّه الأغلب، أو هو مثَالٌ نُبِّهَ به على ما عداه، والحكم في جميع الإتلافات بها سواء كان على نفسٍ أو مالٍ، بجَرحٍ أو غيره[(٣)].

الحالةُ الثّالثةُ: اشتراكُ المُبَاشَرَة والتّسبُّب في وجوب الضّمان:

ضابطها: أن تكون المُبَاشَرَةُ مَبْنِيَّةً على السَّبَبِ -كسابقتها- إلاّ أنّ المباشرة هنا فيها نوعُ عُدْوَان؛ فيشتركان في الضّمان؛ بحيث يكون الضّمان على المُبَاشِرِ والمُتَسَبِّبِ على سواء، من أمثلة ذلك:

---

(١) انظر: المعونة ١٣٧٠/٣، والاستذكار ١٤٨/٧-١٤٩، وبداية المجتهد ١٣٧/٤، وروضة الطّالبين ٣١٦/٩-٣١٨، وشرح مسلم ٢٢٣/١١-٢٢٤، والمنثور ٧٤/٢-٧٥، وفتح الباري ٤١/٥، و٢٦٦/١٢، وقواعد ابن رجب ص ٤٥٢-٤٥٣، و٥٩٨-٥٩٩.

(٢) انظر: عيون المسائل ص ١١٦، وفتح الباري ٢٦٦/١٢.

(٣) انظر: النّهاية ٢٥٥/١، وفتح الباري ٢٦٦/١٢، و٢٦٩.

١-الإكراه على القتل؛ فإنّ المُكْرِهَ والمُكْرَهَ مشتركان في القود والضّمان؛ لأنّ الإكراه ليس بعذرٍ في القتل[١].

٢-المُمْسكُ مع القاتل عالمٌ بالقتل؛ فإنّهما يشتركان في الضّمان والقود، فإن لم يعلم أنّ القاتل يقتله؛ فلا شيءَ عليه؛ لأنّه مُتَسَبِّبٌ، والقاتل مُباشرٌ؛ فيسقط حكم التّسبُّب[٢].

إذا تقرّر هذا، وثبت أنّ الضّمان من باب الجوابر، فلا يشترط في المباشرة العمد؛ لأنّ ضمان التّعدِّي بالجنيات والإتلافات في الأنفس والأموال تضمن عمداً وخطأً[٣].

وكذلك لا يشترط الاختيار لَضمان التّعدِّي على الصّحيح؛ فالنّائم والنّاسي والمخطئ ضامنون لِما أتلفوه إلاّ أنّ الإثم مرفوعٌ عنهم؛ لأنّ حكمهم في التّعدِّي في الأمور حكم البالغ، وكذلك الصَّبيّ إذا كان يعقل؛ فيغرم ما أتلفه إن كان له مالٌ، فإن لم يكن له مالٌ أتبع به، وأمّا الصَّبيّ الذي لا يعقل فلا شيءَ عليه فيما أتلفه من نفسٍ أو مال كالعجماء، وقيل: المال هدرٌ، والدِّماء على العاقلة كالمجنون، وذلك لأنّ الضّمان من باب خطاب الوضع[٤].

---

(١) انظر: قواعد العزّ ٢/١٥٥، وشرح مختصر الرّوضة ١/٢٠٤، وقواعد ابن رجب ص ٦٠٣.

(٢) وهو مذهب المالكية والحنابلة، وقول للشّافعية. انظر: عقد الجواهر ٣/١٠٩٤، وقواعد العزّ ٢/١٥٦، والمهذّب ٣/٢٩٠، ومختصر الخرقي والمغني ١١/٥٩٦، وقواعد ابن رجب ص ٦٠٣.

(٣) انظر: الذّخيرة ٣/٣٠١، وقواعد العزّ ١/١٧٨، و١٨٠-١٨٥، و٢/١٥٦، والمنثور ٢/٧٤، والمغني ٨/١١٧، وقواعد السّعدي ص ٤٣، ق (١٣)، وفتح الباري ١٢/٢٦٩.

(٤) انظر: القوانين الفقهية ص٢١٨-٢١٩، والفواكه الدّواني٢/١٨٦-١٨٧، و١٩١.

أمّا ما أتلفته البهيمة والمواشي من النّفوس والأموال فلا شيء فيه، ولا ضمان على صاحبها؛ لعموم قوله ﷺ : «العَجْمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ»، جُبَارٌ، يعني: هَدَرٌ، والمراد بجَرْحُهَا أي: مُتْلَفُها، سواء كان بالجَرح أو بغيره، إذا لَم يكن معها أحدٌ؛ فمفاد الحديث أنّ مُتْلَفات البهيمة هدرٌ لا ضمان فيها؛ لأنّ الهدر يقتضي عدم الضّمان مطلقاً[1]، إلاّ في أحوالٍ منها:

الأولَى: أن يكون معها سائقٌ، أو قائدٌ، أو راكبٌ؛ فقائد الدّابة، هو: الذي يمشي أمامها، يقومها بلجامٍ أو غيره، والسّائق، وهو: الذي يمشي خَلْفَها فيسوقها، والرّاكب، كلّهم ضامنون لِمَا أصابت الدّابةُ مطلقاً على الصّحيح؛ لأنّهم في حكم المباشِر، سواء كان مالكاً، أو أجيراً، أو مستأجراً، أو غاصباً، وسواء أتلفت برجلها أو ذَنَبِها، أو رأسها، وسواء كان ذلك ليلاً أو نهاراً؛ والحجّة في ذلك: أنّ الإتلاف لا فرق فيه بين العمد وغيره، وبين القصد وغيره، ومَنْ هو مع البهيمة حَاكِمٌ عليها، فهي كالآلة بيده، ففعله منسوبٌ إليه سواء عملها عليه أم لا، وسواء علم به أم لا؛ لأنّها تَحت يده، وعليه تعهّدها وحفظها؛ فإنّه ضامنٌ لأنّه مباشرٌ، والمباشرة توجب الضّمان[2].

---

(١) انظر: المنتقى ٨٩/٩، والفروق ١٨٦/٤، وروضة الطّالبين ١٩٥/١٠، و١٩٧، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٣٣١/١٥، والمحلّى ٤٤٣/٦، و٤٤٤.

(٢) هذا هو مذهب المالكية والشّافعية والظّاهرية، وروايةٌ عن الإمام أحمد، وهذا القول بالضّمان مطلق في هذه الحالة هو الصّواب الصّحيح، قال المرداوي في الإنصاف ٣٣٣/١٥: «وهي -هذه الرّواية- أصحّ؛ لِتَمَكُّن السّائق من مراعاة الرِّجْل، بخلاف الرّاكب والقائد».

وذهب الحنابلة إلى أنّ ما أتلفت بِرِجْلِها غير مَضمونٍ، وذهب الحنفية إلى أنّه غير =

الحالة الثّانية: ما أتلفته البهيمة الصّائلة المعروفة بالأذى يلزم مالكَها إتلافها، ولا يلزم قاتلها ضمان إجماعاً[(١)].

الحالة الثّالثة: ما أتلفته من الزّرع والثّمار نَهاراً فضمانه على صاحب الزّرع دون أصحاب الماشية، هذا بلا خلاف.

وأمّا ما أتلفته ليلاً ففيه خلافٌ جارٍ على مذهبين:

المذهب الأوّل: أنّ الضّمان على صاحبِ البهيمة وأرباب المواشي، وبه قال المالكية والشّافعية والحنابلة[(٢)].

من أدلّتهم:

١- وذلك لقوله -تعالى-: ﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾[(٣)].

=

مَضمون مطلقاً، ونسبه ابن قدامة المقدسي في الشّرح الكبير ١٥/٣٣١، إلى الإمام مالك وهو نسبةٌ غير صحيحة.

انظر: الموطّأ ٢/٨٦٩، والتّمهيد ١٣/١٧٣-١٧٧، والاستذكار ٧/١٤٦، والمنتقى ٩/٨٩، والفروق ٤/١٨٦، و١٨٧، والذّخيرة ٣/٣٠١، والمهذّب ٣/٣٣٧، وروضة الطّالبين ١٠/١٩٥، و١٩٧-١٩٩، والمغني ٨/١١٧، و١٢/٥٤٣-٥٤٥، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٥/٣٣١-٣٣٣، و٣٤٠، وقواعد السّعدي ص ٤٣، والمحلّى ٦/٤٤٣، وفتح الباري ١٢/٢٦٨-٢٧٠.

(١) انظر: الفروق ٤/١٨٥، والإنصاف ١٥/٣٣٢، والمحلّى ٦/٤٤٢-٤٤٤.

(٢) انظر: المعونة ٣/١٣٧٠-١٣٧١، والتّمهيد ١٣/١٧٢-١٧٧، والاستذكار ٦/٢١٣-٢١٥، والمنتقى ٧/٤٣٨-٤٤٢، وعقد الجواهر ٣/١١٨٢-١١٨٣، والفروق ٤/١٨٦، والقوانين الفقهية ص ٢١٩، وروضة الطّالبين ١٠/١٩٥، والمنثور ٢/٧٤، ومختصر الخرقي والمغني ١٢/٥٤١-٥٤٣، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٥/٣٣٧.

(٣) سورة الأنبياء، الآية: ٧٨.

وجه الاستدلال: أنّ داود عليه السّلام قضى بتسليم الغنم لأرباب الزّرع قبالة زرعه، وقضى سليمان عليه السّلام بدفعها لهم ينتفعون بدرّها ونسلها وخراجها، حتّى يخلف الزّرع وينبت زرع الآخر، والنَّفَش: رعي اللّيل، والهَمَل: رعي النّهار بلا راعٍ[١].

وهذا على الصّحيح؛ أنّ ما ورد به القرآن مِن شرائع الأنبياء مِمَّن قبلنا جاز الاقتداء به، إلاّ ما يمنع من ذلك ما يجب التّسليم به، من نسخٍ في الكتاب، أو سنّة واردة عن النّبيّ ﷺ بخلاف ذلك تُبيّن مراد الشّارع، فيعلم حينئذٍ أنّ شريعتنا مُخالفَةٌ لشريعتهم؛ فَتُحمَلُ على ما يَجب الاحتمال عليه من ذلك، وبالله التّوفيق[٢].

٢- حديث البراء بن عازب رضي الله عنه، قال: قضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنّهار، وعلى أهل المواشي حفظها باللّيل[٣].

---

(١) انظر: التّمهيد ١٣/١٧٧، والاستذكار ٦/٢١٣، والمنتقى ٧/٤٣٨-٤٣٩، والفروق ٤/١٨٦-١٨٧.

(٢) انظر: التّمهيد ١٣/١٧٣-١٧٤، والاستذكار ٦/٢١٢، والمحلّى ٦/٤٤٥.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٣/٨٢٩، كتاب البيوع والإجارات، باب المواشي تفسد زرع قومٍ، برقم: (٣٥٦٩)، وهو حديثٌ ثابتٌ، قال فيه الإمام الشّافعي: «أخذنا بحديث البراء لثبوته، ومعرفة رجاله، ولا يخالفه حديث: (العَجْمَاءُ جُبَارٌ)؛ لأنّه من العام المراد به الخاص»، انظر: فتح الباري ١٢/٢٧٠.
وقال الحافظ ابن عبد البرّ في التّمهيد ١٣/١٧١، و١٧٢، و١٧٤، والاستذكار ٦/٢١٢: «هذا الحديث وإن كان مُرسلاً، فهو حديثٌ مشهورٌ؛ أرسل به الثّقات، واستعمله فقهاء الحجاز بالقبول، وتلقّوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل، وقد زعم الشّافعي أنّه تتبّع مراسيل سعيد بن المسيّب فألفاها صحاحاً، وأكثر الفقهاء يَحتجّون به، وحسبك باستعمال أهل المدينة وسائر أهل الحجار لهذا الحديث»، وانظر: الشّرح الكبير ١٥/٣٣٨، وصحّحه ابن حزم مُرْسَلاً، وضعّف وصله في المحلّى ٦/٤٤٥.

وجه الاستدلال منه؛ حيث فرّق بين اللّيل والنّهار في حكم الضّمان، فسقط قول مَنْ لا يعتبرها[1]، قال في معالم السّنن: ((هذه سنة رسول الله ﷺ خاصةً في هذا الباب، ويشبه أن يكون إنّما فرّق بين اللّيل والنّهار في هذا؛ لأنّ في العرف أنّ أصحاب الحوائط والبساتين يحفظوها بالنّهار، ويوكّلون بها الحفّاظ والنواطير، ومن عادة أصحاب المواشي أن يسرّحوها بالنّهار، ويردّوها مع اللّيل إلى المراح؛ فَمَن خالف هذه العادة كان به خارجاً عن رسوم الحفظ إلى حدود التّقصير والتّضييع؛ فكان كَمَن ألقى متاعه في طريق شارعٍ، أو تركه في غير موضع حرزٍ، فلا يكون على آخذه قطعٌ))[2].

٣-ولأنّه فَرَّط فيضمن كما لو كان حاضراً، ولأنّه بالنّهار يمكنه التّحفّظ دون اللّيل[3].

المذهب الثّاني:أنّه لا ضمان في الزّرع مطلقاً ليلاً كان أو نهاراً، وبه قال الحنفية، والظّاهرية إلاّ أن يحملها الذي هو معها على ذلك، أو يقصده، تغليباً لجانب المباشرة[4].

=

وصحّحه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم: (١٨٨٨).

(١) انظر: المعونة ١٣٧٠/٣، والفروق ١٨٧/٤، والشّرح الكبير١٥ /٣٣٨، وفتح الباري ٢٦٩/١٢-٢٧٠.

(٢) معالم السّنن للخطابي ٨٢٩/٣، وانظر: فتح الباري ٢٧٠/١٢.

(٣) انظر: المعونة ١٣٧٠/٣، والتّمهيد ١٧٥/١٣، والاستذكار ٢١٤/٦، والمنتقى ٤٣٩/٧، والفروق ١٨٧/٤، والقوانين الفقهية ص ٢١٩، وروضة الطّالبين ١٩٥/١٠، وفتح الباري ٢٦٩/١٢-٢٧٠.

(٤) انظر: التّمهيد ١٧٤/١٣، والاستذكار ١٤٨/٧، والفروق ١٨٦/٤-١٨٧،

=

واحتجّوا بأدلّة منها:

١-قوله ﷺ : «العَجْمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ»؛ حيث دَلَّ على أنّ إتلافات البهيمة هدرٌ لا شيءَ فيها، ولا فرق في إتلافها للزّروع وغيرها في اللّيل والنّهار[1].

٢-لأنّ الذّمّة بريئةٌ لا يثبت فيها شيءٌ إلاّ بما لا مدفع فيه، وجعلوا حديث: جَرْحُ العَجْمَاءِ جُبَارٌ معارِضاً لِحديث البراء بن عازب في التّفريق بين اللّيل والنّهار[2].

أجيب عن استدلالهم به بأنّه لا يُسَلَّم دعوى التّعارض والنّسخ؛ لأنّ التعارض في الآثار إنّما يصحّ إذا لم يمكن استعمال أحدهما إلاّ بنفي الآخر، وإنّما المتعارض والمتضاد المتنافي الذي لا يثبت بعضه إلاّ بنفي بعضٍ، وأمّا هذا، فمن باب المجمل والمفسِّر، ومِن باب العموم والخصوص، وذلك أنّ حديث جَرْحِ العَجْمَاء عامّ، وحديث البراء في التّفريق بين النّهار واللّيل خاصّ، والعام ينبئ على الخاصّ، ويُرَدُّ إليه، وبهذا يمكن استعمال كلّ واحدٍ منهما على وجه، فالمصير في هذا إلى حديث البراء القاضي بالتّفريق، والله تعالى أعلم[3].

والصّحيح ما ذهب إليه الجمهور لقوّة أدلتهم، وحديث البراء نصٌّ

=

والقوانين الفقهية ص ٢١٩، والشّرح الكبير١٥/٣٣٧، والمحلّى ٦/٤٤٤،وشرح مسلم١١/٢٢٣، وفتح الباري١٢/٢٦٩.

(١) انظر: التّمهيد ١٣/١٧٤-١٧٥، والفروق ٤/١٨٦، وفتح الباري ١٢/٢٦٩.

(٢) انظر: التّمهيد ١٣/١٧٥.

(٣) انظر: معالم السّنن ٣/٨٢٩، والتّمهيد ١٣/١٧٥، وفتح الباري ١٢/٢٦٩.

في التّفريق بين حكم الضّمان ليلاً ونهاراً، وسقط قولُ مَن لا يخالفه، وهذا الحكم يختصّ بالموضع الذي يكون فيه الزّرع أو الحوائط مع المسارح، ذلك أنّ المواضع ثلاثة أضرب[1]:

الأوّل: موضعٌ تتداخل فيه المسارحُ والمراعي؛ يكون موضعَ زرعٍ ومسارحَ معاً، فهذا الذي ورد فيه الحديث بالتّفريق بين اللّيل والنّهار، وجعل حفظ الزّروع على أهلها بالنّهار؛ وإهمال حفظ الزّروع بالنّهار تفريطٌ، وجعل حفظ المواشي باللّيل، وإهمالها باللّيل من باب التّعدّي؛ لأنّه ليس بوقتِ رعيٍ معتادٍ فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه كالقائد والسّائق فيما أفسدت الدّابة، ولأنّ المتعدّي ضامنٌ.

الضّرب الثّاني: أن تنفرِد المراعِي، أو الحوائطُ وليس بمكانٍ مسرحٍ، فهذا لا يجوز إرسالُ المواشي فيها، وما أفسدت ليلاً أو نهاراً فعلى أصحاب المواشي ضمانه.

الضّرب الثّالث: أن يكون موضعَ مسرحٍ، جرت عادَة النّاس بإرسال مواشيهم فيه ليلاً ونهاراً، وليس بِموضع زرعٍ؛ فيحدث فيه إنسانٌ زرعاً من غير إذن الإمام في الإحياء؛ فإنّه ليس على أهل المواشي الامتناعُ من إرعاء مواشيهم ليلاً أو نهاراً، وما أفسدته من زرعه باللّيل والنّهار فلا ضمان عليهم فيه؛ لأنّه جرَّ الجناية إلى نفسه؛ حيث زرع بِموضع المسرح، وأراد منع النّاس من منافعهم التِي قد ثبتت لهم، والله -تعالى- أعلم بالصّواب.

---

(١) انظر: التّمهيد ١٣/١٧٥-١٧٧، والاستذكار ٦/٢١٥، والمنتقى ٧/٤٤١-٤٤٢، وعقد الجواهر ٣/١١٨٣، وروضة الطّالبين ١٠/١٩٥-٢٠١، والمقنع والشّرح الكبير ١٥/٣٣١، و٣٣٩، وفتح الباري ١٢/٢٦٨-٢٧٠.

وإذا كان مع البهيمة شخصٌ، ضمن ما أتلفته مطلقاً، من نفسٍ ومالٍ، سواء أتلفت ليلاً أم نهاراً، وسواء كان سائقها أم راكبها أم قائدها[١].

إذا ثبت هذا؛ فإذا استعار شخصٌ بَهيمةً فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير؛ فضمانه عليه، سواء كان المتلَفُ لِمَالِكها أو لغيره؛ لأنّ ضمان يَجب باليد، واليد للمستعير.

وكذلك لو كانت البهيمةُ في يد الرّاعِي، فأتلفت زرعاً أو شجراً؛ فالضّمان على الرّاعِي دون المالك؛ لأنّ إتلاف ذلك في النّهار لا يُضْمَنُ إلاّ بِثبوت اليد عليها، واليد للرّاعي دون المالك؛ فضمن كالمستعير، وكذلك لو كان ليلاً ضمن أيضاً؛ لأنّ ضمان اليد أقوى، بدليلٍ أنّه يضمن في اللّيل والنّهار جميعاً[٢].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بأدلّة منها:

١-قوله ﷺ : ((عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَت حتّى تَرُدَّه))[٣]؛ حيث رتّب حكم الضّمان على الأخذ باليد، وقاعدةٌ أصوليّةٌ؛ أنّ ترتّب الحكم على الوصف يدلّ على عليّة ذلك الوصف لذلك الحكم، فلمّا رتّب النَّبِيّ ﷺ الضّمان على الأخذ باليد دلّ أنّ مباشرته باليد سببٌ للضّمان[٤].

(١) انظر: التّمهيد١٣/١٧٣-١٧٧،والاستذكار٦/٢١٤، وروضة الطّالبين١٠/١٩٧، و٢٠١، والمنثور ٢/٧٥، والمقنع والشّرح الكبير ١٥/٣٣١، و٣٣٣، و٣٤٠.

(٢) انظر: الفروق ٤/١٨٦، والشّرح الكبير ١٥/٣٤١.

(٣) تقدّم تخريجه في القاعدة [٧٤]، الدّليل (١) على وجوب ردّ العين.

(٤) انظر: الفروق ٤/٢٨-٢٩، وشرح تنقيح الفصول ص ٣٠٢-٣٠٣.

٢-ولأنّ الأصل أنّ الضَّمان لا يَجب على المرء بدون فعله، وإذا وجد منه فعلٌ غير مأذونٍ فيه تعلَّق به الضّمان[1].

من تطبيقات القاعدة:

١-بناء على ذلك؛ إذا غصب شخصٌ عقاراً فجاء إنسانٌ آخر فأتلفه؛ فالضّمان على المتلِف؛ لأنّه المباشر، والمباشرة توجب الضّمان[2].

٢-بالإضافة إلى الأمثلة السّابقة في فقرة أحوال المباشرة والسّبب عند اجتماعهما.

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٢٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٦/١٣٦.

المبحث الرّابع: القاعدة السّابعة والسّبعون [٧٧]

[الأصلُ أنّ المُتَعَدِّيَ ضَامِنٌ]

هذه القاعدة مأخوذةٌ من خلال كلام ابن رشد ضمن مسائل باب الإجارات، في الفصل الثّاني، وهو النّظر في الضّمان؛ حيث قال: ((والضّمان عند الفقهاء على وجهين: بالتّعدِّي، أو لِمَكان المصلحة وحفظ الأموال؛ فأمّا بالتّعدِّي فيجب على المكري باتّفاق، والخلاف إنّما هو في نوع التّعدِّي الذي يوجب ذلك، أو لا يوجبه، وفي قدره))[١].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم؛ حيث رتّبوا على التّعدِّي أحكاماً إيجاباً أو سلباً، ومن ذلك:

إجماع الفقهاء على الأصل؛ ألاّ يضمن الأمناء[٢] الأمانات التي بأيديهم ما

---

(١) بداية المجتهد ٣/٤٤٠.

(٢) الأمناء، جمع أَمين، الأمين، هو: كلّ مَنْ حصل المال بيده بإذن من الشّارع، أو إذن من المالك؛ كالوكيل، ووليّ اليتيم، وكلّ أمين لا يضمن ما تلف عنده إلاّ بتعدٍّ ماَ يَجب، ويقبل قوله في التّصرّف، إلاّ أن يكون مُتَّهَماً فيجب عليه اليمين. انظر: نيل الأرب ص ١٩٩، و٥٧٥، ومِن الأمناء:

١- الوالد في مال ابنه الصّغير، ومال ابنته البكر.

٢- الوصيُّ في مال مَحجوره.

٣- أمين الحاكم الذي يضع المال على يديه.

٤- المستودَع.

٥- العامل في القراض.

٦- الأجير الخاصّ فيما استؤجر عليه، والأجير على حمل شيءٍ غير الطّعام.

=

لَم يتعدَّوا، وإذا تعدّوا ضَمنُوها، ذلك لأنّ الأمانة خلاف الخيانة[(١)].

ما جاء في بدائع الصّنائع: «القبض المأذون فيه لا يكون تَعدِّياً؛ لأنّه لا يفوِّت يد المالك، ولا ضمان إلاّ على المتعدِّي»[(٢)].

ما جاء في الفروق: «الضّمان يتوقّف على عدم جواز الفعـــل»[(٣)]،

=

٧- الوكيل فيما وُكِّلَ عليه.

٨- المأمون بالشّراء والبيع.

٩- السّمسار الذي يبيع للنّاس أموالهم، ويدخل فيما بينهم.

١٠- الشّريك في المال.

١١- الرّسول فيما يُرسَل به من شيء، والذي يُرسَل معه مال يشتري به شيئاً.

١٢- الصّانع فيما لا يغاب، دون ما يُغاب فإنّه ضامنٌ سواء بأجرة أو بغير أجرة.

هؤلاء أمناء، وكلّ مَن تصرّف منهم على وجه جائز لا يضمن، وإن تعدّى أو فرّط وتصرّف على وجه غير جائز ضَمنَ؛ لأنّه أصبحَ متعدِّياً خائناً.

انظر: رسالة القيرواني ص ٢٣١، وعقد الجواهر ٣/٩٣٦-٩٣٧، والقوانين الفقهية ص ٢٢٠-٢٢١، وقواعد العزّ ١/١٩٠، وتكملة المجموع ١٤/٢٠٥، والمغنـــي ٨/١٠٣، والمقنع ١٣/٣٥، وقواعد ابن رجـــب ص ١٨٦، ق (٤٣)، و١٩١-١٩٧، و١٩٩، ونيل الأرب ص ١٩٩-٢٠٠، و٥٧٥، ومعجم لغة الفقهاء ص ٦٩، و٧١.

(١) انظـــر: مختصـــر القـــدوري ص١٣١، و١٣٣، و١٣٥، وبـــدائع الصّـــنائع٥/٣٢٣، والهداية٣/٢١٦، و٢٢٠، و٢٤٤، وأنـــيس الفقهـــاء ص ٩٢، و٩٣، و٩٤، ورســـالة القيرواني ص ٢٣١، والمعونة ٢/١١٠٧-١١١٣، والمنتقى ٧/٢٨٨، و٣١٤، والقوانين الفقهية ص ٢٢٠-٢٢١، والمهذّب ٢/٢٦٥، و٢٨٣، و٢٨٥-٢٨٦، و٢٨٩، ٣٠١، و٣٠٣، و٤٢٩-٤٣١، وروضة الطّالبين ٥/٩، والمنثور ٢/٧٤، وأشباه السّـيوطي ص ٥٧٨-٥٧٩، وتكملة المجموع ١٥/١٠، والمغني ٨/١١٣، والمقنع والشّـــرح الكـــبير والإنصاف ١٣/٣٥، و١٥/٨٨-٩٠، وقواعد ابن رجب ص ١٨٢-١٨٥، ق (٤٢).

(٢) بدائع الصّنائع للكاساني ٥/٣٢٣.

(٣) الفروق ٤/١٨٥، وانظر: بدائع الصّنائع ٥/٣٢٣، وشرح المنظومة السّعدية للعويد

=

وفيه: «التّعدِّي ينقل المتعدَّى عليه للذّمة بالقيمة»[١].

ما جاء في الذّخيرة: «المُتَعدِّي ضَامِنٌ»[٢].

ما جاء في شرح الرّسالة: «الضّمان بالتّعدِّي»[٣].

ما جاء في المنثور: «الضّابط أنّ التّعدِّي مضمونٌ أبداً، إلاّ ما قام دليله، وفعل المباح ساقطٌ أبداً إلاّ ما قام دليله، والمتولِّد من التّعدِّي في حكم التّعدِّي؛ كالجراحة إذا سرت إلى النفس»[٤].

قال في تقرير القواعد: «مَنْ أخذ عبداً آبقاً ليردّه فأبق منه؛ فلا ضمان عليه، لكن قد يقال: هنا إذنٌ شرعِيٌّ في أخذ الآبق لردِّهِ، وإن خلا عن ذلك كلّه فهو مُتَعَدٍّ، وعليه الضّمان في الجملة»[٥].

قال في نيل الأرب: «إذا أتلف الإنسانُ الشّيءَ لدفع أذيته؛ فهو غير ضامنٍ؛ لأنّه هو الذي أهدر حرمة نفسه، وإن أتلفه لدفع أذًى في المتلِف؛ فإنّه يضمنه، مثل: لو أنّ أحداً تطلّع إليك في بيتك؛ فإنّه لا يحتاج أن تقول له: اتّق الله، ولا تتطلّع إلى بيتِي، لك أن تذهب إلى حربةٍ أو رمحٍ وتختبئ، وتفقع عينه بدون إنذارٍ...، وليس هذا من دفع الصّائل لكن هذا من باب

=

ص ٢٠٩، و٢٤٧.

(١) الفروق للقرّافي ٤/٩.

(٢) الذّخيرة للقرافي ٨/٣١٨.

(٣) شرح زروق على رسالة القيرواني ٢/٢١٢، وانظر: الذّخيرة ٥/٤٣.

(٤) المنثور للزّركشي ٢/٧٥.

(٥) قواعدابن رجب ص ١٨٦،وانظر:شرح منتهى الإرادات٤/٦٥،و١١٤،ونيل الأرب ص١٨٦-١٨٧.

عقوبة المتعدِّي»[١].

شرح مفردات القاعدة:

المتعدِّي: من تَعَدَّى يتعدَّى تَعَدِّياً، والتّعدِّي هو: التّصرُّفُ في الشَّيء بغير إذن رَبِّه دون قصد تَمَلُّكه[٢].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة كسابقتها، تتعلّق بركنٍ من أركان الضّمان، وهو الـرّكن الأوّل منها؛ موجب ضمان الحقوق وأسبابه، وتقدّم الكلام عليه في القاعدتين الرّابعة والسّبعين، والسّادسة والسّبعين بما فيه كفاية تغني عن الإعادة.

وهذه القاعدة تُبَيِّن أنّ الأصل في الضّمان يتوقّف على التّعدِّي، وهو عدم جواز الفعل، فَمَن أقدم على فعلِ شيءٍ غير مأذون له فعله فقد تعدَّى وعليه تبعة فعله من ضمان وغيره، وأمّا مَن فَعَلَ فعلاً مأذوناً له فعله فـلا ضمان عليه؛ لأنّه غير متعدٍّ؛ لذلك إذا صال على مُحرِمٍ صيدٌ فقتله لَـم يضمنه؛ لِجواز الفعل[٣].

وهي -أيضاً- قاعدةٌ في أصحاب الأيـدي الآمنـة؛ كالوكيـل، والمودِع، وعامل القراض والملتقط ونحـوهم؛ لأنّ الأصـل فـيهم أن لا يضمنوا إذا هلكت أمانةٌ؛ لأنّ الحقوق والأموال في أيديهم أمانةٌ، وأيديهم قائمةٌ مقام أيدي أصحاب الحقوق، ومتَى كانت اليد تَخلُفُ يد المالك فلا

---

(١) نيل الأرب من قواعد ابن رجب للعلامّة الشّيخ ابن عثيمين ص ١٣٤.

(٢) انظر: شرح حدود ابن عرفة ٤٦٨/٢، ومعجم لغة الفقهاء ص ١١٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٣٢٣/٥، و٣٢٤، والفروق ١٨٥/٤، والـذّخيرة ٣١٨/٨، وشرح زروق ٢١٢/٢.

شيءَ عليه، إلاّ إذا تعدّوا وفرّطوا، ومن أوجه التّعدي أن يمنعوا مالكها إيّاها بعد طلبها، وهو يقدر على تسليمها؛ فإنّه يضمنها حينئذ(١).

والتعدِّي هو الانتفاع بِملك الغير بغير حقٍّ دون قصد تَمَلُّكَ الرّقبة، أو إتلافه، أو بعضه دون قصد تَمَلُّكِه؛ والتّعدِّي أعم من الغصب؛ لأنّ الغصب قِسْمٌ من أقسام التّعدِّي، ويستوي في التّعدِّي العمد والخطأ، ويدخل فيه المقارِضُ وسائر الأُجَراء، والأجانب، متَى تصرّف بالانتفاع بِملك غيره دون حقٍّ فيه ولا إذن، لا من مالكٍ، ولا قاضٍ أو مَن يقوم مقامه ولا مِن عرفٍ ضمن.

وبقيد (دون قصد تَمَلُّكٍ) يفارق التّعدِّي الغصبَ؛ فكلّ غصبٍ تعدٍّ وليس كلّ التّعدِّي غصباً(٢).

وإذا تعدَّى أمينٌ؛ كالمودَع في الوديعة بأن كانت دابةً فركبها، أو ثوباً فلبسه، أو عبداً فاستخدمه، أو أودعه عند غيره، ثم أزال التّعدِّي، وردّها إلى يده، زال الضّمان، وهذا عند الحنفية(٣).

وذهب الشّافعية والحنابلة إلى أنّه لا يبرأ عن الضّمان؛ لأنّ عقد

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٣٠، و١٣١، وبدائع الصّنائع ٤٣٧/١، و٣٢٣/٥-٣٢٤، والهداية ٢١٥/٣، ورسالة القيرواني ص ٢٣١، والقوانين الفقهية ص ٢٢٠-٢٢١، وروضة الطّالبين ٩/٥، والمَنثور ٧٤/٢، وقواعد ابن رجب ص ١٨٢، وشرح منتهى الإرادات ٥٣٥/٣، و٥٨٥، و٦٤/٤.

(٢) انظر: المنتقى ٢٩٨/٧، و٢٩٩، وعقد الجواهر ٨٧٥/٣، والقوانين الفقهية ص ٢١٨، و٢٢٠، وشرح حدود ابن عرفة ٤٦٨/٢-٤٦٩، وروضة الطّالبين ٨/٥، والمنثور ٧٣/٢، و٧٤، والمغني ١١٧/٨، والشّرح الكبير والإنصاف ١١٦/١٥، وشرح منتهى الإرادات ٦٥/٤، وفتح الباري ٢٦٩/١٢.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ١٣١، والهداية ٢١٦/٣، وأنيس الفقهاء ص ٩٢.

الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة، فلا يبرأ إلاّ بالرّدّ على المالك[١].

أمّا لو طلبها صاحبها فجحدها ضمنها؛ لأنّه لَمّا طالبه بالرّدّ فقد عزله عن الحفظ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصبٌ مانعٌ منه فيضمنها، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضّمان؛ لارتفاع العقد؛ إذ المطالبة بالرّدّ رَفْعٌ من جهته، والجحود فسخٌ من جهة المودَع؛ كجُحود الوكيل الوكالة، وجُحود أحد المتعاقدين البيع؛ فتَمَّ الرّفع، أو لأنّ المودَع ينفرد بعزل نفسه بِمحضر المستودِع، كالوكيل يملك عزل نفسه بِمحضر الموكِّل، وإذا ارتفع لا يعود إلاّ بالتّجديد[٢].

أمّا لو كان الانتفاع أو الاستهلاك بإذن، شرعيّاً كان الإذن أم عرفيّاً؛ فإنّ المأذون له غير ضامنٍ؛ لأنّ الإذن ينافي الضمان؛ فلو قال الرّاهن للمرتهن: احلب الشّاة فما حلبت فهو حلالٌ لك، فحلبها لا ضمان عليه؛ لأنّ إتلاف المرتهن بإذن الرّاهن، مضافٌ إلى الرّاهن؛ فكأنّه أتلفه بنفسه[٣].

ومن الإذن؛ المريض يأذن للطّبيب الحاذق في طبّه؛ فيطبّه فيموت من غير تقصيره، ومؤدِّب الأطفال يأذن له الوليّ في التّأديب، والحاكم يقيم الحدّ على مستوجبه؛ فيموت منه فلا ضمان على واحد من هؤلاء؛ حيث فعلوا المطلوب مع السّلامة؛ فالقاعدة في ذلك: أنّ كلَّ مَنْ فعل فعلاً يَجوز له أن يفعله بلا خطَرٍ؛ ففعله على وجهه فعلاً صواباً؛ فتولّد من ذلك الفعل

---

(١) انظر: الهداية ٣/٢١٦، والمهذّب ٢/٢٨٣، و٢٨٩-٢٩٠، و٢٩٦، و٣٠٣، وتكملة المجموع ١٥/١٠، وقواعد ابن رجب ص ٢٠٤، ونيل الأرب ص ٢٠٤.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٣١، والهداية ٣/٢١٦، وقواعد ابن رجب ص

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٥/٢٣٧، والفواكه الدّواني ٢/١٩١.

هلاك نفس، أو ذهاب جارحة، أو تلف مال؛ فإنّه لا ضمان على ذلك الفاعل، وإن كان إنّما أراد فعلَ الفعل الجائز فأخطأ فَفَعَلَ غَيرَهُ، أو جَاوَزَ فيه الحدَّ، أو قَصُرَ فيه عن المقدار، فما تولّد عن ذلك فهو ضامنٌ له(١).

ومن الإذن اجتماع يد الضّمان مع يد المالك، وعليه قالوا: إنّ الأجير المشترك إذا أتلف المال بحضور المالك لا يضمن(٢).

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

القاعدة مجمعٌ عليها لدى الفقهاء كما نصّ على ذلك الإمام ابن رشد، ثم بيّن محلّ النّزاع بين الفقهاء فيها، وهو فيما يُعَدُّ تعدّياً يوجب الضّمان، وما لا يُعَدُّ تعدّياً فلا يوجب الضّمان، وهل كلّ ما هو تعدٍّ موجبٌ للضّمان أم لا؛ فما مقدار ذلك التّعدّي الموجب للضّمان؟ هذا كلّه تفاصيله في ثنايا كتب الفقه، والخلاصة أنّ التّعدّي والاعتداء سببٌ للضّمان وأساسه؛ فمتَى تَحقّق التّعدّي والاعتداء بتصرُّفٍ غير مأذونٍ فيه، تعلّق به ضمان(٣).

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بالإجماع؛ حيث أجمع المسلمون خاصّتهم وعامّتهم على أنّ مَن تعدَّى حَدَّه واعتدى على حقوق

---

(١) انظر: المعونة ٣/١٣٧٠، والبيان والتّحصيل ٩/٣٤٨-٣٤٩، وعقد الجواهر ٣/١١٨٠، والفواكه الدّواني ٢/١٩١، والمهذّب ٢/٤٣٠، والمنثور ٢/٧٥، و٧٧، ومختصر الخرقي والمغني ٨/١١٧، والشّرح الكبير ١٥/٣٠٩، وشرح المنظومة السّعدي للشّثري ص ١٣٣.

(٢) انظر: عقد الجواهر ٣/٩٣٦-٩٣٧، وجامع الأمّهات ص ٤٤٠، والمنثور ٢/٧٥-٧٦، والمغني ٨/١٠٤-١٠٥، وقواعد ابن رجب ص ٤٦٠، ق (٩٢).

(٣) انظر: المغني ٨/١٢٣-١٢٤.

الآخرين أنّه ضامنٌ لِمَا ترتّب على اعتدائه، فالقاعدة أصلٌ من أصول الشّريعة المطّردة، المعلومة بالضّرورة، ويدلّ عليها من المنقول؛ عموم قوله -تعالى-: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾[(١)]؛ أي: دلّ على نفي الاعتداء إلاّ على مَنْ ظلم؛ فإنّه يستحقّ المعاقبة بقدر ظلمه[(٢)].

من تطبيقات القاعدة:

١-أنَّ فتح قفص الطّير، وحلّ قيد العبد أو الدّابة تعدٍّ، والمتعدِّي ضامِنٌ، فيكون الفاتح والحالّ ضامنين[(٣)].

٢-إذا نَهى المودِع المودَع من أن يخرج بالوديعة؛ فخرج بها ضَمِنَ؛ لأنّ التقييد مفيدٌ؛ إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً، ومخالفته تعدٍّ فيضمن[(٤)].

٣-لو استهلك المرتَهنُ الرّهنَ من غير إذن الرّاهن مالك الرّقة؛ ضَمِنَه؛ لأنّه أتلف مالاً مَملوكاً بغير إذن مالكه فيضمن مثْلَه أو قيمته؛ لأنّه بهذا التّصرّف صار مُتعَدِّياً، وخرج عن كونه أميناً فيلحق بأجنَبِيٍّ أتلف مال غيره ظلماً وعدواناً[(٥)].

٤-مَن اكترى سيّارةً إلى موضعٍ معيَّنٍ؛ فجاوز ذلك الموضع؛ فعليه الأجرةُ المذكورةُ، وأجرةُ المثلِ لِما جاوزه، وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها؛ لأنّه متعدٍّ[(٦)].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٣.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٣٢٣/٥، وتفسير السّعدي ص ٨٩.

(٣) تقدّم الكلام على هذه المسألة في القاعدة [٧٦]، الحالة الأولى من حالات المباشرة والسّبب.

(٤) انظر: الهداية ٢١٧/٣، ورسالة القيرواني ص ٢٣١.

(٥) انظر: بدائع الصّنائع ٢٣٧/٥، وأنيس الفقهاء ص ٩٢، والمهذّب ٢٨٩/٢، وتكملة المجموع ١٠/١٥، وقواعد ابن رجب ص ١٨٣، و٢٠٤.

(٦) انظر: الاستذكار١٤٩/٦، والمنتقى٢٨٣/٧، و٢٨٥-٢٨٧، والمهذّب٤٢٩/٢.

٥-لو حمّلها ما لا تُحمَل مثلها عادةً فعطبت السّيارة؛ ضمنها بالقيمة؛ لأنّه متعدٍّ[١].

٦-مَنْ تعدَّى على حَقِّ رجلٍ فحمله من بلد إلى بلد آخر بِمائة ريالٍ؛ فلربّ السّلعة أن يكلّفه ردَّهُ إلى بلده؛ لأنّه متعدٍّ[٢].

٧-الغاصب إذا ردّ العين المغصوبة ناقصةً في بدنها؛ فإنّ المالك مُخَيَّرٌ بين أن يأخذها وبين أن يردَّها ويضمنه القيمة يوم الغصب؛ لأنّه متعدًّى عليه، والغاصب هو المتعدِّي؛ فكان أولَى بالحمل عليه لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ ﴾[٣]، ولأنّ المتعدَّى عليه مُخَيَّرٌ في الأصول؛ لأنّه مَجْنِيٌّ عليه في ماله؛ فله الاختيار[٤].

٨-مَنْ حفر بئراً في موضعٍ عدواناً وظلماً، ليس له أن يحفره فيه، فعطب فيه إنسانٌ فهو ضامنٌ؛ لأنّه قاتلٌ خطأً متعدٍ بحفره في ذلك الموضع[٥].

٩-متَى اجتمع سَبَبَا هلاك قُدِّمَ الأقوى منهما؛ لأنّه المُهْلِكُ المتعدِّي إمّا بنفسه، وإمّا بواسطة الثّاني فأشبه التّردِّي مع الحفر، والمتعدِّي ضامنٌ، فإذا حفر بئراً في مَحلٍّ عدواناً، أو نصب سكِّيناً، ووضع آخر حَجراً، فتعثر حيوانٌ بالحجر، فوقع على مؤخّر السّكّين، أو في مقدم البئر فمات؛ فالضّمان يتعلّق بواضع الحجر؛ لأنّه متعدٍّ، والمتعدِّي ضامنٌ[٦].

---

(١) انظر: المنتقى ٧/٢٨٦.

(٢) انظر: المنتقى ٧/٢٩٩.

(٣) سورة الشّورى، الآية: ٤٢.

(٤) انظر: المعونة ٢/١٢١٥-١٢١٦.

(٥) انظر: المعونة٣/١٣٧٠، وروضة الطّالبين٩/٣١٦-٣١٨، والمنثور٢/٧٤-٧٥.

(٦) انظر: عقدالجواهر٣/١٠٩٤،وروضة الطّالبين٩/٣٢٤-٣٢٥،والمنثور٢/٧٤-٧٥.

١٠-الأيدي في أموال الغير يدان: يَدٌ ضَامِنَةٌ، ويَدٌ أَمِينَةٌ، وأمّا اليد الضّامنة فهي كيد الغاصب، والمستعير، والمساوم، والمشتري، والمستقرض، والأصل في هؤلاء التّعدّي؛ فيلزمهم ضمان ما هلك بأيديهم[١].

١١-لا ضمان على الرّاعي فيما تلف من الماشية ما لم يتعدَّ، وأمّا ما تلف بتعدّيه فيضمنه بغير خلاف[٢].

١٢-إذا أوقف سيارةً في طريقٍ ضيّقٍ وتسبّبت إتلافاً، ضمن ما أتلفت أو تلف؛ لأنّه مُتعَدٍّ بوقفها فيه؛ وكذلك إن كان الطّريق واسعاً على الصّحيح، و بخاصةٍ لو كان مَمنوع الوقوف حسب نظام المرور؛ لأنّ انتفاعه بالطّريق مشروطٌ بالسّلامة[٣].

١٣-لو باع إنسانٌ أكلاً لغيره، ثم نسي البيعَ فأكل هذا المأكول؛ فإنّه يَجب عليه الضّمان؛ لأنّ الإتلاف يستوي فيه المتعمِّد والجاهل والنّاسي[٤].

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١٤/٢٠٥، و١٥/١٠، وقواعد ابن رجب ص ١٨٦-١٩٨، ق (٤٣)، و١٩٩، ونيل الأرب ص ١٩٩، و٥٧٥.

(٢) انظر: المغني ٨/١٢٣.

(٣) انظر: المهذّب ٣/٣٣٨، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٥/٣٠٣-٣٠٤.

(٤) انظر: الذّخيرة ٣/٣٠١، قواعد السّعدي ص ٤٣، ق (١٣)، وشرح المنظومة السّعدية للشّثري ص ١٠١.

المبحث الخامس: القاعدة الثّامنة والسّبعون [٧٨]

[الضَّمَانُ لا يَتَعَلَّقُ بِمَعْدُومٍ قَطْعاً]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل باب الكفالـــة[١]، في مســـألة ضمان الميّت، دليلاً لقول الحنفية في ذلك؛ حيث قال: «فأمّا أصناف المضمونين؛ فليس يَلحَقُ مِن قبل ذلك (اختلافٌ مشهورٌ؛ إلاّ اختلافهم)[٢] في ضمان الميّت إذا كان عليه دَينٌ و لم يترك وفاءً بدَينه[٣]؛ فأجازه مالك والشّافعي[٤].

---

(١) الكفالة: ضَمّ الضّمان، وهي ضمّ ذمّة الكفيل إلى الأصيل في المطالبة بالحقّ، وهي أنواع منها:
١- كفالةٌ بالنّفس؛ ككفالة شخصٍ بالعودة إلى السّجن، ويُسَمَّى: كفالة الوجه.
٢- كفالةٌ بالمال؛ كالكفالة بأداء حَقٍّ واجب على الغير.
٣- الكفالة بالتّسليم؛ كالكفالة بتسليم العينٍ المؤجَّرة حين انتهاء مــدّة الإجــارة، والكفالة بتسليم الولد حين انتهاء مدّة الحضانة.
٤- الكفالة المنجَّزة، وهي الكفالة التي لَم تُعلَّق بزمانٍ مُعَيَّنٍ، ولا تكون مضافةً إلى المستقبل.
٥- الكفالة المعلَّقة،وهي الكفالة التي عُلِّقت على زمنٍ،أو عُلِّقت على تصرُّفٍ مُعَيَّنٍ.
انظر:طلبة الطّلبة ص٢٨٧، والمعونة٢/١٢٣٠،وعقدالجواهر٢/٨١٤-٨١٩، وبداية المجتهد٤/٩٣-٩٨،وفتح الباري٤/٥٤٦،ومعجم لغة الفقهاء ص٣٥٠-٣٥١.

(٢) ما بين القوسين في جميع نُسخ بداية المجتهد التي اطّلعتُ عليهـــا كُتِــبَ هكـــذا: (اختلافٌ مشهورٌ لاختلافهم)، ولا يستقيم الكلام به، ولا يؤدِّي المَعنَــى المــراد، ولعلّ الصّحيح المثبَت؛ لأنّه يريد رحمه الله أن ينفي اختلافاً مشـــهوراً للفقهـــاء في المضمونين، ويستثني اختلافهم في مسألةٍ واحدةٍ، هي اختلافهم في ضـــمان دَيـــن الميّت، والله سبحانه أعلم بالصّواب.

(٣) أمّا إذا كان ترك وفاءً لدَينه، فَجائزٌ الضّمان به عنه إجماعاً.
انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٥، والمعونة ٢/١٢٣٢، والقوانين الفقهية ص ٢١٤.

(٤) وهو الصّحيح في مذهب الحنابلة، والظّاهرية، وهو قول أبي يوسف ومحمّد من الحنفية.

=

وقال أبو حنيفة[(١)]: لا يجوز، واستدلّ أبو حنيفة من قِبَلِ أنّ **الضَّمَانَ لا يَتَعَلَّقُ بِمَعْدُومٍ قَطْعًا**، وليس كذلك المفلس.

واستدلّ مَنْ رأى أنّ الضّمان يلزمه بما روي أنّ النَّبيّ ﷺ كان في صدر الإسلام لا يصلّي على مَنْ مات وعليه دَينٌ حَتَّى يُضْمَنُ عنه[(٢)]، والجمهور يصحّ عندهم كفالة المحبوس والغائب، ولا يصحّ عند أبي حنيفة[(٣)]»[(٤)].

=

انظر: انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٥/٤، والهداية ٩٣/٣، والمعونة ١٢٣٢/٢، و١٣٣٤، والمقدّمات ٣٧٨/٢، وعقد الجواهر ٨١٤/٢، والمهذّب ٢٤١/٢، و٢٤٥، وروضة الطّالبين ٢٤٠/٤، وتكملة المجموع ١١٣/١٣، والمغني ٧٤/٧، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ٧/١٣-١٠، و٢٧، والمحلّى ٣٩٦/٦، و٣٩٨-٣٩٩، وفتح الباري ٥٤٧/٤، و١١/١٢، و٥٠.

(١) خلافاً لصاحبيه: أبي يوسف ومحمّد؛ فإنّهما مع الجمهور.
انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٥/٤، وفتح الباري ٥٤٧/٤.

(٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه البخاري في صحيحه ٥٥٧/٤، كتاب الكفالة، باب جوار أبي بكر في عهد النَّبيّ ﷺ وعقده، برقم: (٢٢٣٤)، ومسلم في صحيحه ١٢٣٧/٣، كتاب الفرائض، باب مَنْ ترك مالاً فلورثته، برقم: (١٦١٩).
والضّمان في هذا الحديث هو: نقل ما في ذمّة الميّت إلى ذمّة الضّامن؛ فصار كالحوالة سواء. انظر: فتح الباري ٥٤٦/٤.

(٣) المذهب عن الحنفية جواز الكفالة عن غائب ومَحبوس كمذهب الجمهور، قال في بدائع الصّنائع ٦٠٦/٤: «تَجوز الكفالة عن غائبٍ ومَحبوس؛ لأنّ الحاجة إلى الكفالة في الغالب في مثل هذه الأحوال؛ فكانت الكفالة فيها أَجْوَزَ ما يكون».
انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٦/٤، والمعونة ١٣٣٤/٢، والقوانين الفقهية ص ٢١٤، وروضة الطّالبين ٢٥٤/٤.

(٤) بداية المجتهد ٩٨/٤.

توثيقها:

هذه القاعدة ورد مفادها في كتب أهل العلم، منها:

ما علّل به أبو حنيفة مذهبه في مَنْع ضمان دَين الميّت المفلس: أنّه كَفَلَ بدَينٍ ساقط؛ لأنّ الدَّين هو الفعلُ حقيقةً، ولهذا يوصف بالوجوب، لكنه في الحكم مالٌ؛ لأنّه يؤول إليه في المآل، وقد عجز بنفسه، وبخَلْفه؛ ففات عاقبه الاستيفاء؛ فيسقط ضرورةً[1].

وجاء في المقدّمات: إنّ الحمالة عن الميّت إذا لم يترك وفاءً لا تَجوز؛ لأنّ الدَّين قد تَوَى[2] بذهاب الذّمّة، والكفالة بالتّاوي كفالةٌ بما قد بطل، فلا معنىً لها[3].

وجاء في تكملة المجموع: «الشّرط الثّاني: أن يكون الدَّين قائماً، ومعنَى كونه قائماً: أن يكون باقياً غير ساقط؛ فإذا كان له دَينٌ على ميّت مُفْلسٍ؛ فإنّه لا يصحّ ضمانُهُ؛ لأنّ الميِّتَ المفلسَ سقط عنه الدَّين»[4]، فصار كالمعدوم، والضّمان لا يتعلّق بمعدومٍ قطعاً.

ما جاء في المغني: «الضّمان ضَمٌّ ذمّةٍ إلى ذمّة في التزام الدَّين، فإذا لَم يكن على المضمون عنه شيءٌ فلا ضَمَّ فيه، فلا يكون ضَماناً»[5].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٥-٦٠٦، والهداية ٣/٩٣، والمقدّمات ٢/٣٧٨.

(٢) التَّوَى، على وزن الحصَى: الهلاك. انظر: المصباح المنير ص ٣١.

(٣) انظر: المقدّمات لابن رشد الجدّ ٢/٣٧٨، في سياق ذكره لتعليل أبي حنيفة.

(٤) تكملة المجموع للمطيعي ١٣/١٢٧، في سياق ذكر شروط الحقّ المضمون به عند أبي حنيفة.

(٥) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٧/٧٣، و٧٤، في سياق ذكره لدليل مانعي ضمان ما لَم يجب.

ما جاء في المحلّى: «الضَّمَانُ عقدٌ واجبٌ، ولا يَجوز الواجبُ في غير واجبٍ»[١].

شرح مفردات القاعدة:

الضّمان، لَغةً: مشتقٌّ من الضّمّ، وقيل: من التّضمّن[٢].

عرّفه الحنفية بأنّه: الضّمّ والالتزام يَتِمّ بإِيجاب الكفيل، وقبول المكفول[٣]، أو:

بأنّه: ضمّ ذمّةٍ إلى ذمّةٍ في حقّ المطالبة بِما على الأصيل، أو في حقّ أصل الدَّين[٤].

وعرّفه المالكية بأنّه: شغل ذمّةٍ أخرى بالحقّ[٥].

وبِنحوه عرّفه الحنابلة؛ حيث قالوا: الضّمان هو: ضَمُّ ذمّة الضّامن إلى ذمّة المضمون عنه في التزام الحَقّ[٦].

وعرّفه الشّافعية بأنه: عقدٌ يقتضي الْتِزام حقٌّ ثابتٍ[٧] في ذمّة أو

(١) المحلّى لابن حزم ٦/٤٠٥.

(٢) انظر: مختار الصّحاح ص ٣٨٤، والمصباح المنير ص ١٣٨.

(٣) بناءً على اشتراط الحنفية قبول المضمون له، انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٦، و٦٠٨، والهداية ٣/٩٣.

(٤) انظر: طلبة الطّلبة ص ٢٨٧، وبدائع الصّنائع ٤/٦١٢، والهداية ٣/٨٧،و٩٠، وأنيس الفقهاء ص ٨١.

(٥) انظر: المعونة ٢/١٢٣٠، وعقد الجواهر ٢/٨١٤، وجامع الأمّهات ص ٣٩١، وشرح حدود ابن عرف ٢/٤٢٧.

(٦) انظر: المقنع ١٣/٥، والمغني ٧/٧١.

(٧) بناء على مذهبهم في اشتراط كون الحقّ المضمون، والمضمون له، والمضمون عنه معلوماً معروفاً.

إحضار عينٍ مضمونة، أو إحضار بدن مَنْ يستحق حضوره[(١)].

ولعلّ تعريف المالكية والحنابلة أنسب؛ لأنّ تعريف الحنفية والشّافعية فيه بعض قيود بناءً على مذهبهم في اشتراط أمورٍ، كما سيتّضح إن شاء الله تعالى.

وأسماؤه: الكفالة، والحمالة، والزّعامة، والقبالة؛ فالضّامن هو: كَفيلٌ، وحَميلٌ، وزَعيمٌ، وقَبيلٌ، وأذينٌ، وصبيرٌ[(٢)].

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

الضّمان هنا، ليس كالضّمان الوارد في القواعد المتقدّمة، وإنّما هو الضّمان الذي بِمعنَى الكفالة والحمالة، وهو ضَمُّ ذمَّة الضّامن إلى ذمَّة المضمون في التزام الحقّ؛ فيثبت في ذمَّتهما جميعاً، ولصاحب الحقّ مطالبةُ مَنْ شاء منهما، وشُرِعَ وثيقةً للحقّ وتوثيقاً به؛ فَمن كان له على آخر حَقُّ مالٍ من بيعٍ أو من غير بيعٍ من أيّ وجه كان، حالاًّ أو إلى أجلٍ، سواء كان الذي عليه الحقّ حَيّاً أم مَيِّتاً، وسواء ترك الميِّت وفاءً اتّفاقاً، أم لم يترك على قول الجمهور خلافاً للحنفية، فإذا ضمن له ذلك الحقَّ إنسانٌ صحّ ضمانه وكفالته[(٣)].

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١٣/١٠٣.

(٢) انظر: معالم السّنن ٣/٨٢٥، وطلبة الطّلبة ص ٢٨٧-٢٨٨، وتفسير القرطبي ٩/١٩٧، وتفسير السّعدي ص ٤٠٣، وبدائع الصّنائع ٤/٦٠٠، و٦٠٥، والهداية ٣/٨٧، وأنيس الفقهاء ص ٨١، و٨٢، والمعونة ٢/١٢٣٠، والاستذكار ٦/٢٢٤، والمنتقى ٧/٤٧٣، والمقدّمات ٢/٣٧٣، وبداية المجتهد ٤/٩٣، والقوانين الفقهية ص ٢١٣، وتكملة المجموع ١٣/١٠٠، والمغني ٧/٧٢، و٧٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/٣٧٤، والمحلّى ٦/٣٩٦.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٩، و٦١١، والهداية ٣/٩٠، والمعونة ٢/١٢٣٠، والاستذكار ٦/٢٢٤-٢٢٥، والمنتقى٧/٤٧٣، وعقد الجواهر ٢/٨١٤، وروضة =

والضّمان له أركان، هي(١):

الضّامن، وهو: كلّ مَن يَجوز تصرّفه في ماله ذكراً كان أو أُنْثى(٢)، ويشترط فيه صحّة العبارة، وأهلية التّصرّف؛ فلا يَجوز ضمان الصّغير والمجنون؛ لعدم صحّة عبارته، ولا السّفيه، ويُعنِي بذلك أنّه يشترط لانعقاده: العقل والبلوغ، ويعتبر رضاه اتّفاقاً؛ حتّى لو أكره على الضّمان لا يصحّ(٣).

المضمون له، مَنْ له الدَّينُ، ولا يشترط معرفته، ولا رضاه على الصّحيح(٤).

=

الطّالبين ٤/٢٤٠، وتكملة المجموع ١٣/١٠٠، و١٥٨، والمغني ٧/٧١، و٨٦، والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف ١٣/٥، و٦١، والمحلّى ٦/٣٩٦.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٥-٦٠٩، والهداية ٣/٨٧، و٨٩، و٩١، وأنيس الفقهاء ص ٨٢، والمعونة ٢/١٢٣٠، والمنتقى ٧/٤٨٠، وعقد الجواهر ٢/٨١٤-٨١٥، وجامع الأمّهات ص ٣٩١، والقوانين الفقهية ص ٢١٤، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٤٢٧-٤٢٩، والمهذّب ٢/٢٤١-٢٤٥، وروضة الطّالبين٤/٢٤٠-٢٤٤، و٢٦٠، وتكملة المجموع١٣/١٠٠، و١٠٨-١١١، و١١٤، و١١٧-١٢٩، والمغني ٧/٧٢، والمقنع ١٣/١٣-٢٥، والمحلّى ٦/٣٩٦.

(٢) ويجوز ضمان المرأة مطلقاً ذات زوجٍ أو غيرها إذا كانت أهلاً للتّصرّف، ولا حاجة إلى إذن الزّوج كسائر تصرّفاتها.

خلافاً للمالكية في قولهم: إنّ ضمان المرأة يصحّ في الثّلث فما دون، أمّا ما زاد على الثّلث فلا بدّ من إذن زوجها، والصّواب خلاف قولهم هذا، والله تعالى أعلم بالصّواب.

انظر: جامع الأمّهات ص ٣٩١، والقوانين الفقهية ص ٢١٤، وروضة الطّالبين ٤/٢٤٢، والشّرح الكبير ١٣/١٣، والمحلّى ٦/٤٠٤.

(٣) وهناك شروطٌ أخرى مختلف فيها. انظر: المراجع السّابقة عند ذكر أركانه.

(٤) وبه قال المالكية والحنابلة، خلافاً للشّافعية وأبي حنيفة ومحمّد.

انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٠، و٦٠٦-٦٠٧، والقوانين الفقهية ص ٢١٤، وروضة الطّالبين ٤/٢٤٠، والمغني ٧/٧٢.

المضمون عنه، مَنْ عليه دَينٌ، وهو كلّ مطلوب بِمالٍ، حيّاً أو مَيِّتاً، ولا يشترط معرفته ولا رضاه؛ لأنّه يجوز لغيره أن يؤدِّي دَينه بغير إذنه.

المضمون، وهو كلّ حقٍّ تصحّ النِّيابةُ فيه، ويُمكن استيفاؤه ونيله من الضّامن، أو ما يستلزمه، وذلك هو الأموال، وما يؤول إليها؛ لأنّ فائدته قيام الضّامن مقام الغريم في شغل ذمّته بالحقّ الذي عليه؛ فلا يصحّ الضّمان في الحدود ولا في القصاص، وما ليس بِمالٍ، ولا يدخل الضّمان في باب الجزائيّات كلّها؛ لأنّهما لا تصحّ النِّيابةُ فيهما، وإنّما الحكم فيهما بالسّجن حتّى يثبت ويستوفَى.

الصّيغة، وهي قوله: تَحمَّلت، أو تكفّلت، أو ضمنت، وكلّ ما ينبني على اللّزوم، كقوله: أنا حَميلٌ لك، أو زعيمٌ أو كفيلٌ، أو ضامنٌ، أو قبيلٌ، أو هو لك عندي، أو علَيَّ، أو إلَيّ، أو قِبَلي.

وبالطّبع، فمَتَى عُدِمَت هذه الأركان كلّها فلا ضمان، وإذا عُدِمَ دَينٌ أو حَقٌّ فلا ضمان لفقدان متعلّق الضّمان، ولا يتعلّق بِمعدومٍ قطعاً، هذا الذي قرّرته القاعدة؛ ذلك أنّ الضّمان ضمّ ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ في التزام الدَّين، فإذا لَم يكن على المضمون عنه شيءٌ فلا ضَمَّ فيه، فلا يكون ضَماناً[1].

والضّمان جائزٌ في الشّرع، لازِمٌ في صرح الحكم، والأصل في جوازه أدلّةٌ منها:

---

(١) انظر: المغنِي ٧/٧٣، والشّرح الكبير ١٣/٢٤.

١-قوله -تعالى-: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾[١]، أي: كفيلٌ ضامنٌ حميلٌ[٢]، على أنّ شَرْعَ مَنْ قبلنا شرعٌ لنا إذا لم يرد ما يُخالفه في شرعنا[٣].

٢-قوله ﷺ: «الزّعيمُ غارِمٌ»[٤]، والزّعيم: الكفيل، والضّامن[٥].

٣-ولا خلاف بين الأمّة في جوازها ومشروعيتها[٦].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

هذه القاعدة تتعلّق بالرّكن الرّابع من أركان الضّمان، وهو: الحــقّ المضمون، وهي مُختَلَفٌ فيها بين الفقهاء، وسبب اختلافهم فيما يشترط لهذا الرّكن، ذلك أنّهم اتّفقوا على كونه ممّا تصحّ النِّيابةُ فيــه، ويمكــن استيفاؤه من الضّامن، وأمّا ما لا تدخله النِّيابة، ولا يمكن استيفاؤه مــن الضّامن فلا يَجوز ضمانه ولا يصحّ[٧]، واتّفقوا على أنّه يَجوز ضمان المال إذا كان معلوماً ويصحّ[٨]، وهل يشترط كونه موجوداً ثابتاً لازماً معلوماً

---

(١) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

(٢) انظر: المفردات ص٢١٨، وتفسير القرطبي٩/١٩٧، والاستذكار٦/٢٢٧، وتفسير السّعدي ص٤٠٣.

(٣) انظر: المنتقى ٧/٤٧٤، وتكملة المجموع ١٣/١٠١.

(٤) جزء من حديث: «العارية مؤدّاةٌ»، وتقدّم تخريجه من أدلّة القاعدة [٧٤].

(٥) انظر: معالم السّنن ٣/٨٢٥.

(٦) انظر: المعونة ٢/١٢٣٠، وإجماع ابن المنذر ص ٥٩، ف (٥٣٥)، وروضة الطّالبين ٤/٢٤٠، والمغني ٧/٧٢، والشّرح الكبير ١٣/٦.

(٧) انظر: الهداية ٣/٩٢، والمنتقى ٧/٤٨٠، والقوانين الفقهيــة ص ٢١٤، وتكملــة المجموع ١٣/١٠٢، و١٢٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/٣٧٨-٣٧٩.

(٨) انظر: بــدائع الصّــنائع ٤/٦٠٠، و٦٠٦-٦٠٧، والهدايــة ٣/٩٠، والمعونــة =

وقت العقد؟ خلافٌ بينهم يتبيّن في مسائل تالية.

المسألة الأولى: اشتراط وجود الحقّ وثبوته ولزومه وقت العقد:

لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط كون الحقّ المضمون ثابتاً لازماً معلوماً مستقرّاً[1].

ولا خلاف أنّ ما ليس بلازمٍ ولا مستقرٍّ، ولا يؤول إلى اللّزوم والاستقرار؛ كدَين الكتابة؛ فلا يصحّ ضَمانُهُ؛ لأنّ المكاتَب يَملك إسقاطه بتَعجيز نفسه فلا معنَى لضمانه، ولأنّ ذمّة الضّامن فرعٌ عن ذمّة المضمون، فإذا لم يلزم الأصل لم يلزم الفرع، ومِن حُكْمِ الضّمان أن يكون لازماً[2].

وأمّا ما ليس بِلازمٍ ولا مستقرٍّ، ولكن مآلُهُ إلى ذلك؛ فهل أَفَيُلْحَقُ بالثّابت المستقرّ أم لا؟ بِحيث يصحّ ضمان ما لَم يَجب بَعْدُ، ولكن سيجب، للفقهاء في ذلك مذهبان:

المذهب الأوّل: ما مآله إلى الثّبوت والاستقرار يُلْحَقُ به، وبه قال المالكية والحنابلة وجمهور الحنفية، وقولٌ للشّافعية[3].

=

١٢٣٢/٢، والقوانين الفقهية ص ٢١٤، والمهذّب ٢٤٣/٢، وتكملة المجموع ١٢٧/١٣، و١٣٠، والمقنع ٢٢/١٣.

(١) انظر: المقدّمات ٣٧٩/٢، وعقد الجواهر ٨١٥/٢، وروضة الطّالبين ٢٤٤/٤، وتكملة المجموع ١١٠/١٣، و١٢٠، والمقنع ٢٢/١٣، والمحلّى ٤٠٤/٦-٤٠٥.

(٢) انظر: المعونة ١٢٣٤/٢، وتكملة المجموع ١٣٠/١٣، والمغني ٧٥/٧-٧٦، والمقنع ٢٢/١٣.

(٣) هو قول أبي يوسف ومحمّد من الحنفية، وقول الإمام الشّافعي القديم.

انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٥/٤-٦٠٥، والهداية ٩٣/٣، والمعونة ١٢٣٢/٢، والمقدّمات ٣٧٩/٢، وعقد الجواهر ٨١٥/٢، والقوانين الفقهية ص ٢١٤،

=

المذهب الثّاني: يشترط أن يكون ثابتاً مستقرّاً وقت العقد، وبه قال أبو حنفية والظّاهرية والشّافعية في قول[1].

ثَمرة اختلافهم تَظهر في عدّة فروعٍ منها:

الأوّل: المضمون عنه، لا يَخلو إمّا أن يكون حيّاً، أو مَيّتاً، فالحيّ يصحّ الضّمان عنه بلا خلاف، والميّت أيضاً لا يخلو إمّا أن يترك وفاءً لدَينه فَيَجوز الضّمان عنه بلا خلافٍ، أو لا يترك وفاءً لدَينه، ففيه خلافٌ جارٍ بين جمهور الفقهاء من المالكية والشّافعية والحنابلة والظّاهرية وجمهور الحنفية، وبين أبي حنيفة.

وسبب اختلافهم: أَيُعْتبر دَينُ الميّت موجوداً ثابتاً لازماً وقت العقد أم لا؟ ذلك أنّ الميّت لا ذمّة له لانتهائها بالموت، وبموته قد سقط عنه دَينه.

فأبو حنفية عَدَّهُ معدوماً غيرَ موجودٍ ولا ثابتاً ولا لازماً؛ فلا يَجوز ضمانه؛ لأنّه يشترط للمضمون عنه -ويُسَمِّيه الأصيل- أن يكون قادراً على تسليم الحقّ المكفول به، إمّا بنفسه، وإمّا بنائبه، بناءً على هذا؛ فلا تصحّ الكفالة بالدَّين عن ميّتٍ مُفْلِسٍ.

ولأنّ الدَّين عبارةٌ عن الفعل، والميّت عاجزٌ عن الفعل؛ فكانت هذه كفالةٌ بدَينٍ ساقطٍ؛ فلا تصحّ، ولا دَين عليه إذا مات مَلِيّاً؛ لأنّه قادرٌ

=

والمهذّب ٢٤١/٢، و٢٤٣-٢٤٤، وروضة الطّالبين ٢٤٤/٤، و٢٥٠، وتكملة المجموع ١١٠/١٣، و١٢٠، و١٣٠، والمقنع والشّرح الكبير ٢٢/١٣، و٢٤.

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٥/٤-٦٠٦، والهداية ٩٣/٣، والمهذّب ٢٤٣/٢-٢٤٤، وروضة الطّالبين ٢٤٤/٤، و٢٥٠، وتكملة المجموع ١٢٧/١٣، و١٣٠-١٣١، و١٣٢، والمحلّى ٤٠٤/٦-٤٠٥.

بنائبه، وكذا إذا مات عن كفيلٍ؛ لأنّه قائمٌ مقامه في قضاء دَينه[١].

أنّ الدَّين قد انقطع وسقط بذهاب الذّمّة، والكفالة بالمنقطع السّاقط كفالةٌ بما قد بطل فلا معنَى لها[٢].

ولأنّ ذمَّتَهُ قد خَرِبَتْ خَراباً لا تَعْمُرُ بعده، فلم يبق فيها دَينٌ، والضّمان: ضَمُّ ذمّة إلى ذمّة في التزامه[٣].

أجيب عنه بأنّ اشتراط كون المضمون عنه قادراً على تسليم الحقّ المضمون به لا يصحّ؛وبالتّالي يصحّ ضمان دَين الميّت المفلس، وهو بمعنَى: حمل الدَّين عنه، لا بِمعنَى ضَمِّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الميّت؛ لأنّ ذمّة الميّت قد انتهت[٤].

ورأى الجمهور أنّه حَقٌّ موجودٌ ثابتٌ لازمٌ؛ فيَجوز ضمانه ويصحّ، واستدلّوا بالحديث الذي ذكره الإمام ابن رشد.

لأنّ الموت لا ينافي بقاء الدَّين؛ ولأنّه مالٌ حُكْميٌّ؛ فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة، ولهذا بقي إذا مات مَلِيّاً حتّى تصحّ الكفالة به، وكذا بقيت الكفالة بعد موته مُفْلساً، وإذا مات عن كفيلٍ تصحّ الكفالة عنه بالدَّين، فكذا يصحّ الإبراء عنه والتّبرّع[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٥-٦٠٦، والهداية ٣/٩٣، وتكملة المجموع ١٣/١٢١، و١٢٥، والمغني ٧/٧٤، والشّرح الكبير ١٣/٢٧.

(٢) انظر: المقدّمات ٢/٣٧٨، وتكملة المجموع ١٣/١٢١، و١٢٥.

(٣) انظر: المغني ٧/٧٤، والشّرح الكبير ١٣/٢٧.

(٤) انظر: تكملة المجموع ١٣/١٢١.

(٥) وهو قول أبي يوسف ومحمّد من الحنفية.
انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٥، والهداية ٣/٩٣، والمعونة ٢/١٢٣٢، والقوانين الفقهية ص ٢١٤، والمهذّب ٢/٢٤١، و٢٤٥، وتكملة المجموع١٣/١١٣،والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف١٣/٢٧.

ولأنّ كلّ دَينٍ لو كان به وفاءٌ صحّ ضَمانُهُ؛ فإنّه يصحّ وإن لم يكن به وفاءٌ، أصله الضّمان عن الحيّ[١].

والذي يترجّح في نظري هو ما ذهب إليه الجمهور من صحّة ضمان دَين الميّت المفلس، وهو الذي مات وعليه دَينٌ، ولم يترك وفاءً لدَينه؛ ذلك للنّصّ الوارد في المسألة، ولا يجوز العدول عنه. والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

الفرع الثّاني: ضمان ما لَم يَجب بَعْدُ؛ ذلك أنّهم اتّفقوا على جواز الضّمان بعد وجوب الحقّ[٢]، واختلفوا في جواز ضمانِ حقٍّ قبل وجوبه، كأن يقول: دَاينْ فلاناً، وأنا ضامنٌ لِمَا تعطيه، أو ما تَدَايَنَ فلانٌ فأنا ضامنٌ له، على مذهبين:

المذهب الأوّل: جوازه، وبه قال الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة والشّافعية في قول[٣]؛ لأنّ الإطلاق في مثل ذلك مَحمولٌ على العادة دون ما يَخرج عنها، والحاجة قد تدعو إليه[٤].

المذهب الثّاني: مَنْعُهُ، وبه قال الشّافعية والظّاهرية وبعض المالكية، قالوا: لأنّه

---

(١) انظر: المعونة ١٢٣٣/٢، والمغني ٧٤/٧، والشّرح الكبير ٢٧/١٣-٢٨.

(٢) انظر: المعونة ١٢٣٤/٢، والقوانين الفقهية ص ٢١٤، والمهذّب ٢٤٣/٢، وروضة الطّالبين ٢٤٤/٤.

(٣) وهو قول الإمام الشّافعي القديم، وعليه تفريعات الشّافعية.
انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٠/٤، والمعونة ١٣٣٤/٢، والمنتقى ٤٧٩/٧، والقوانين الفقهية ص ٢١٤، وتكملة المجموع ١٠٥/١٣، و١١٠، والمغني ٧٣/٧، و٧٤-٧٥، والشّرح الكبير ٢٦/١٣.

(٤) انظر: المعونة ١٣٣٥/٢، وروضة الطّالبين ٢٤٤/٤، وتكملة المجموع ١١٠/١٣، والمغني ٧٤/٧.

وثيقةٌ بحَقٍّ فلا يسبق الحقّ؛ كالشّهادة، ولأنّ الضّمان لا يتعلّق بمعدومٍ[١].

لأنّ الضّمان ضَمُّ ذمّة إلى ذمّة في التزام الدَّين، فإذا لَم يكن على المضمون عنه شيءٌ فلا ضَمَّ فيه، فلا يكون ضَماناً[٢].

ولأنّ الضّمان عقدٌ واجبٌ، ولا يَجوز الواجبُ في غير واجبٍ، وهو التزام ما لَم يلزم بَعْدُ، وهذا محالٌ، وقولٌ فاسدٌ، وكلّ عقدٍ لَم يلزم حين التزامه؛ فلا يجوز أن يلزم في ثانٍ، وفي حين لَم يلتزم فيه، وقد لا يقرضه ما قال له، وقد يموت القائل لذلك قبل أن يقرضه ما أمره بإقراضه، فصحّ بكلّ هذا أنّه لا يلزم ذلك القول[٣].

أجيب عنه بأنّه قد ضَمَّ ذِمَّتَهُ إلى ذِمّة المضمون عنه في أنّه يَلزمه ما يلزمه، وأنّ ما يثبت في ذِمَّة مضمونه يثبت في ذِمَّته، وهذا كافٍ، مع أنّهم قد سَلَّموا ضمان ما يُلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله: أَلْقِ مَتَاعَكَ في البحر وعليَّ ضَمَانُهُ، وهذا مثله، وسلّم الشّافعية في أحد الوجهين ضمان الجُعل في الجعالة قبل العمل، وما وجب شيءٌ بَعْدُ[٤].

وبهذا؛ فإنّ الذي يترجّح هو ما ذهب إليه الجمهور مِن جواز ضمانِ حقٍّ مآلُهُ الوجوب، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

---

(١) وهو قول شريح القاضي وسحنون من المالكية.
انظر: القوانين الفقهية ص ٢١٤، والمهذّب ٢/٢٤٣، و٢٤٤، وروضة الطّالبين ٤/٢٤٤، وتكملة المجموع ١٣/١١٠، و١٣٠، و١٣٢، و١٥٨، والمغني ٧/٧٤-٧٥، والمحلّى ٦/٤٠٤-٤٠٥.

(٢) انظر: المغني ٧/٧٣، و٧٤، والشّرح الكبير ١٣/٢٤.

(٣) انظر: المحلّى ٦/٤٠٥.

(٤) انظر: المهذّب٢/٢٤٣-٢٤٤، والمغني٧/٧٣-٧٥، والشّرح الكبير١٣/٢٤-٢٥.

المسألة الثّانية: اشتراط كون الحقّ المضمون معلوماً:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز ضمان الحقّ إذا كان معلوماً، وهل يَجوز إذا كان مَجهولاً؛ كقوله: أنا ضامنٌ لك مالَك على فلان، أو ما يُقْضَى به عليه، أو ما تقوم به البَيِّنةُ، أو يقرّ به ونحوه؟ فيه مذهبان:

المذهب الأوّل: يشترط كون الحقّ المضمون معلوماً، وبه قال الشّافعية والظّاهرية، فلا يجوز عندهم ضمان الحقّ المجهول، كقوله: هو ضامنٌ لِحقّ زيدٍ عليك، وكذلك لا يصحّ عندهم الضّمان عن المطلوب المجهول، ولا المضمون له المجهول، وهو مذهب الحنفية وقولٌ للحنابلة، كقوله: هو ضامنٌ ما على فلان، أو لفلان[1].

لأنّه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه؛ لِيعلمَ أَهُوَ مِمَّنْ يُسْدَى إليه الجميل، ويفتقر إلى معرفة المضمون له؛ لِيعلم هل يصلح لِمعاملته أم لا يصلح، كما يفتقر إلى معرفة ما يَضمنه من المال، أَيَقدر عليه أم لا يقدر عليه،فهذه الأركان الثّلاثة يشترط معرفتها عند الشّافعية لصحّة الضّمان[2].

ولأنّه إثبات مالٍ في الذّمّة بعقدٍ لآدَمِيٍّ؛ فلم يَجُز مع الجهالة؛

---

(١) وهو قول الثّوري واللّيث، وابن أبي ليلى، وظاهر القرطبي.
انظر: بدائع الصّنائع ٦٠٠/٤، و٦٠٦-٦٠٧، والاستذكار ٢٢٧/٦، والمهذّب ٢٤٣/٢-٢٤٤، وروضة الطّالبين ٢٥٠/٤، و٢٥٢، وتكملة المجموع ١٠١/١٣، و١٢٦، و١٢٧، و١٣١، و١٣٢، والمغني ٧٢/٧، والمقنع والشّرح الكبير ١٢٢-٢٣/٣، والمحلّى ٣٩٩/٦-٤٠٠، وتفسير القرطبي ١٩٧/٩.

(٢) وقال النّووي في روضة الطّالبين ٢٤٠/٤: لا يشترط معرفة المضمون عنه على الأصحّ، وتشترط في المضمون له على الأصحّ.
وانظر: المهذّب ٢٤٢/٢-٢٤٣،وتكملة المجموع ١٠١/١٣، و١٠٨، و١٣١-١٣٣، والمغني٧٢/٧.

كالثّمن في البيع[(١)].

ولأنّ مال كلّ امرئٍ مسلمٍ لا يَحلّ إلاّ بطيب نفسٍ منه، والتّراضي وطيب النّفس لا يكون إلاّ على معلومِ القدر[(٢)].

المذهب الثّاني: لا يشترط كونه معلوماً، بل يَجوز ضمان الحقّ المجهول ويصحّ، وبه قال الجمهور: المالكية والحنابلة وقولٌ للشّافعية، والحنفية في الحقّ المضمون به[(٣)]، ومن حُجّتهم لمذهبهم:

١-عموم قوله -تعالى-: ﴿**وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ**﴾[(٤)]، وحِمْلُ البعير غير معلومٍ؛لأنّ حمل البعير يختلف باختلافه[(٥)].

٢-عموم قوله ﷺ : «الزّعيم غارمٌ»[(٦)]، ولَم يُفرِّق[(٧)].

٣-أنّ الجهالة لا تَمنع من جواز العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة بالتّقديم والتّأخير، وجهالة التّقدير والتّأخير لا تفضي إلى المنازعة في

---

(١) انظر: المهذّب ٢/٢٤٤، وتكملة المجموع ١٣/١٣٢، والمغني ٧/٧٣.

(٢) انظر: المحلّى ٦/٤٠٤.

(٣) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٠، والهداية ٣/٩٠، والمعونة ٢/١٢٣٢، و١٣٣٥، والاستذكار ٦/٢٢٧، والمنتقى ٧/٤٧٨، والمقدّمات ٢/٤٧٦، والقوانين الفقهية ص ٢١٤، والمهذّب ٢/٢٤٣، وتكملة المجموع ١٣/١٠٨، و١٢٧، ومختصر الخرقي والمغنِي ٧/٧١-٧٣، والمقنع والشّرح الكبير ١٣/٢٢.

(٤) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

(٥) انظر: تفسير القرطبِي ٩/١٩٧، والمغنِي ٧/٧٣، والشّرح الكبير ١٣/٢٤، وتفسير السّعديّ ص ٤٠٣.

(٦) جزء من حديث: «العارية مؤدّاةٌ»، وتقدّم تخريجه من أدلّة القاعدة [٧٤].

(٧) انظر: معالم السّنن ٣/٨٢٥، والمعونة ٢/١٢٣٢.

باب الكفالة؛ لأنّه يُتسامَحُ في أخذ العقد ما لا يُتَسَامَحُ في غيره؛ لإمكان استيفاء الحقّ من جهة الأصل بخلاف البيع[١].

٤-أنّ جواز الكفالة والضّمان بالعرف، والكفالة بالمجهول متعارفٌ عليها[٢].

٥-ولأنّه تطوُّعٌ بإلزام نفسه ما لَم يكن يلزمه على وجهه المعروف، أي: من غير معاوضة؛ فجاز في المجهول وصحّ كالنّذر والإقرار[٣].

٦-ولأنّه يصحّ تعليقه بضَرَرٍ، وخَطَرٍ، وهو ضمان العُهْدَة، كأن قال: أَلْقِ مَتَاعَكَ في البحر وعلَيَّ ضَمانُهُ، فصحّ المجهولُ؛ كالعتق والطّلاق[٤].

فعلى هذا؛ فإنّ الذي يترجّح في نظري ما ذهب إليه الجمهور، أنّه لا يشترط في الحقّ المضمون، ولا المضمون عنه، ولا المضمون له أن يكون معلوماً، بل يَجوز مع الجهالة؛ لأنّه تبرّعٌ ولا يقابله عوضٌ فخالف البيع؛ لأنّ الثّمن مقابل المُثَمَّن فاشترط كون أحدهما معلوماً نفياً للغرر الحاصل من الجهالة، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

إذا تقرّر ما تقدّم من تَرجيح جواز ضَمان دَين الميّت المفلس، وهو الذي مات وعليه دَينٌ، ولم يترك وفاءً لِدَينه، وتقرّر ترجيح جواز ضمان الحقّ المجهول، وعن المضمون عنه المجهول، وللمضمون له المجهول، وترجيح صحّة ضمان حقٍّ لم يَجب بَعْدُ ولم يستقرّ، ولكن مآله الوجوب، سيجب ويستقرّ، إذا تقرّر صحّة ذلك كلّه، مع أنّ الضّمان فيه جميعاً تعلّق بِمعدومٍ وقت العقد،

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٢، والهداية ٣/٩٠.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٦٠٢، و٦١٠، والمعونة ٢/١٣٣٥.

(٣) انظر: المعونة ٢/١٢٣٢، والمنتقى ٧/٤٧٩، والمقدّمات ٢/٣٧٦، والمغني ٧/٧٢، و٧٣.

(٤) انظر: روضة الطّالبين ٤/٢٤٦، وروضة الطّالبين ٤/٢٥٠، والمغني ٧/٧٣، و٧٦-٧٧.

إنّما تَوَاجَدَ فيما بَعْدُ؛ فإنّ صحّة القاعدة تفتقر إلى أحد أمرين:

الأوّل: إمّا زيادةٌ تُقيِّدُ معنَى المعدومية، بأن يقال: (الضّمان لا يتعلّق بمعدومٍ عدماً مطلقاً، أو عدماً أبَديّاً قطعاً)، أي: العدم الدّائم من قَبْلِ العقد ويستمرّ إلى ما بَعْدَهُ؛ فإنّ معناها حينئذ صحيحٌ ومستقيمٌ ضرورةً.

الأمر الثّاني: إمّا أنْ تُحْمَلَ على ما كان واجباً حال العقد، أمّا ما لم يكن واجباً حال العقد فلا يُضمَن، كما قال في المغني: «لا يُضْمَنُ إلاّ ما كان واجباً حَالَ العقد»[1]، وقال في المحلّى -أيضاً-: «الضّمان عقدٌ واجبٌ، ولا يجوز الواجب في غير واجب، وهو التزام ما لم يلزم بعد، وهذا مُحالٌ، وقولٌ مُتَفاسِدٌ»[2]، وليس للقاعدة -مع صحّة تلك المسائل- مَخرَجٌ سوى هذين، وعليه يمكن الاستدلال على صحّتها وثبوتها بأن يقال:

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بأنّ الضّمان ضَمُّ ذمّة إلى ذمّة في التزام الدَّين، فإذا لَم يكن على المضمون عنه شيءٌ عاجلاً أو آجلاً؛ فلا ضَمَّ فيه، فلا يكون ضَماناً؛ لأنّ الضّمان لا يتعلّق بمعدومٍ مطلقٍ قطعاً؛ لأنّه لا يُضمَنُ إلاّ ما كان وَاجباً حال العقد[3].

قال في المحلّى: «الضّمان عقدٌ واجبٌ، ولا يجوز الواجبُ في غير واجبٍ، وهو الْتِزَامُ ما لَم يلزم بعد، وهذا محالٌ، وقولٌ متفاسدٌ، وكلّ عقدٍ

(١) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ٧/٧٧.

(٢) المحلّى لابن حزم ٦/٤٠٥.

(٣) انظر: المغني ٧/٧٣، و٧٧، والشّرح الكبير ١٣/٢٤.

لَم يلزم حين التزامه فلا يجوز أن يلزم في ثانٍ، وفي حين لَم يلتزم فيه، وقد لا يقرضه ما قال له، وقد يموت القائل لذلك قبل أن يقرضه ما أمره بإقراضه؛ فصحّ بكلّ هذا أنّه لا يلزم ذلك القول»[1]، وهذا كلّه مفاده أنّ الضّمان لا يتعلّق بِمعدومٍ قطعاً.

من تطبيقات القاعدة:

١- اعتمد القائلون بِمنع جواز ضمان الحقّ المجهول، وعدم جواز ضمان ما لم يَجب بَعْدُ على هذه القاعدة، وعليها بَنوا قولهم، كما تقدّم.

٢- المسائل الفرعية المذكورة في ثنايا البحث من تطبيقات القاعدة -أيضاً-.

---

(١) المحلّى لابن حزم ٦/٤٠٥.

المبحث السّادس: القاعدة التّاسعة والسّبعون [٧٩]

[ما في الذِّمَّةِ لا يَتَحَوَّلُ ويَعُودُ أَمَانَةً]

ذكر ابن رشد هذه القاعدة ضمن مسائل كتاب القراض[١]، الباب الأوّل في مَحَلِّه، دليلاً لأحد القولين في مسألة جَعْلِ الدَّين رأسَ مال القراض؛ حيث قال: «وجمهور العلماء[٢]: مالك والشّافعي وأبو حنيفة[٣] على أنّه إذا كان لِرَجُلٍ على رَجُلٍ دَينٌ؛ لَم يَجُزْ أن يعطيه له قِرَاضاً قبل أن يقبضه، أمّا العلّة عند مالكٍ فَمخافةً أن يكون أعسر بِماله، فهو يريد أن يؤخِّره عنه على

(١) القراض لغةً: القطع، وهو في اصطلاح الفقهاء: إجارةٌ على التّجّار في المال، بجزء من رِبْحه.
أو هو: أن يتّفق شخصان على أن يكون المالُ من أحدهما، والعمل علَى الآخر، وَمَا رزق الله فهو بينهما على ما شرطا، والخسارة على صاحب المال.
والقراض لغة أهل الحجاز، وهو مصطلحٌ عند المالكية والشّافعية والحنابلة، ويطلق عليه الحنفية: المضاربة، وهي لغة أهل العراق، وهما بمعنًى واحد.
انظر: والمفردات ص ٤٠٢، والمصباح المنير ص ١٩٠، وطلبة الطّلبة ص ٣٠١، بدائع الصّنائع ١٠٩/٥، والهداية ٢٠٢/٣، وأنيس الفقهاء ص ٩٢، وجامع الأمّهات ص ٤٢٣، وحدود ابن عرفة ٥٠٠/٢، والمهذّب ٣٦٧/٢، وروضة الطّالبين١١٧/٥، وتكملة المجموع ١٠٠/١٥، والمقنع والشّرح الكبير ٥٤/١٤، ومنتهى الإرادات ٣٢٨/١، ومعجم لغة الفقهاء ص ٣٢٨.

(٢) قال مُوفّق الدِّين ابن قدامة في المغني ١٨٢/٧: «قال ابن المنذر: أجمع كلّ مَنْ نَحفظ عنه من أهل العلم؛ أنّه لا يجوز أنْ يَجعل الرَّجلُ دَيناً له على رَجْلٍ مُضَارَبَةً»، ولَم أقف عليه في إجماع ابن المنذر بعد البحث، وانظر: الشّرح الكبير ٧١/١٤.

(٣) والحنابلة، انظر: بدائع الصّنائع ١١٤/٥، والهداية ٢٠٣/٣، والاستذكار ١٠/٦-١١، وعقد الجواهر ٨٩٩/٣، وروضة الطّالبين ١١٨/٥، وتكملة المجموع ١٠٣/١٥، ومختصر الخرقي والمغني ١٨٢/٧، والمقنع والشّرح الكبير ٧١/١٤.

أن يزيد فيه؛ فيكون الرّبا المنهي عنه[١].

وأمّا العلّة عند الشّافعي وأبي حنيفة؛ **فإنَّ مَا فِي الذِّمَّةِ لا يَتَحَوَّلُ وَيَعُودُ أَمَانَةً**»[٢].

توثيقها:

هذه القاعدة ورد ذكرها أو مفادها في كتب أهل العلم منها:

أمّا نصّها فمنها ما جاء في الاستذكار: «لا يجوز أن يقول لغَرِيْمه: اعْمَلْ بِمَا لِيَ عليكَ مِنَ المال قِرَاضاً؛ لأنّ **ما في الذِّمَّة لا يَعود أَمَانَةً**؛ حتّى يقبض الدَّين، ثم يصرفه على وجه الأمانة، ولا يبرأ الغريمُ بِمـا عليـه إلاّ بإبرائه، أو القبض منه، أو الهبة له»[٣].

أمّا مفادها، فمنها: ما جاء في بدائع الصّنائع: «ما اشترى وباع — أي: الدّائن الذي عليه دَينٌ- لربّ المال له رِبْحُهُ وعليه وضيعتُهُ، بناءً على أنّ مَنْ وَكَّلَ رجلاً يشتري له بالدَّين الذي في ذمّته لَم يصـحّ عنـد أبي حنيفة؛ حتّى لو اشترى لا يبرأ عمّا في ذمّته عنده، وإذا لَم يصحَّ الأمـرُ

---

(١) قد يُفهَم من هذا، أنّه إذا انتفت هذه العلّة، أو أُمِنَت جاز، ويؤيّده أيضاً قولٌ بأنّه مكروه عند المالكية حتّى يقبض مالَهُ، ثم يقارضه بعدُ أو يُمْسِكُ، والقول بالصّحّة وَجهٌ للحنابلة، قال في المغني ١٨٢/٧: «قال بعضُ أصحابنا: يَحتمـل أن تصـحّ المضارَبةُ؛ لأنّه إذا اشترى شيئاً للمُضارَبة، فقد اشتراه بإذن ربّ المال، ودفع الدَّين إلى مَنْ أذن له في دفعه إليه، فتبرأ ذمَّتُهُ منه، ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقـال: بعْهُ، وضارب بثَمَنه...، والمذهب الأوّل؛ لأنّ المال الذي في يدي مَنْ عليه الـدَّينُ لَه، وإنّما يصير لغَرِيْمه بقبضه، ولَم يُوجَد هاهنا».
انظر: المنتقى٧/٧٥-٧٧،والمقنع والشّرح الكبير والإنصاف١٤/٦٩،و٧١.

(٢) بداية المجتهد ٤٥٢/٣.

(٣) الاستذكار للحافظ ابن عبد البرّ ١١/٦.

بالشّراء بما في الذِّمَّة، لم تصحَّ إضافةُ المضاربة إلى ما في الذِّمَّة»[١].

ما جاء في المختصر: «ولا يَجوز أن يُقالَ لمَن عليه دَيْنٌ: ضَارِبْ بالدَّين الذي عليك»[٢]، قال في المغني مُعَلِّلاً لكلامه: «لأنّ المال الذي في يَدَيْ مَنْ عليه الدَّينُ له، وإنّما يصير لغَريمه بقَبضه، ولَم يُوجَد القبضُ هَهنا»[٣].

شرح مفردات القاعدة:

الذِّمَّةُ، لغةً: العهد، والأمان، والضّمان، ومنه قولهم: في ذِمَّتي كذا، أي: في ضَمَانِي، والجَمعُ: ذِمَمٌ، مثل: سِدْرَةٌ وسِدَرٌ[٤].

وفي اصطلاح الفقهاء هي: معنًى شَرْعِيٌّ في المكلّف قابلٌ للالتزام واللّزوم[٥].

وتُعُقِّبَ هذا التّعريف بأنّه يُدْخِلُ الصَّبيّ في ذوي الذِّمَم، وليس بِصحيحٍ؛ لاتِّفاق الفقهاء[٦] على أنّ الصِّبيان لا ذِمَّةَ لهم؛ لذا عرَّفه صاحب أدرار الشّروق بعد تعقيبه على هذا التّعريف بقوله: «إذا صحّ الاتّفاق على اشتراط التّكليف في الذِّمَّة فلا ذِمَّة للصَّبيّ، ويتعيّن حَدُّ الذِّمَّة أو رَسْمُها بأنّها:

---

(١) بدائع الصّنائع للكاساني ١١٤/٥.

(٢) مختصر الخرقي ١٨٢/٧.

(٣) المغني لموفّق الدِّين ابن قدامة ١٨٢/٧.

(٤) انظر: مختار الصّحاح ص ٢٢٣، والمصباح المنير ص ٨٠.

(٥) انظر: الفروق ٢٣٠/٣، و٢٣٣-٢٣٤، وأدرار الشّروق ٢٣٤/٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩١.

(٦) قال القرافي في الفروق ٢٢٧/٣: «اتّفق الجميع على عدم الذِّمَّة في حقّه»، أي: الصَّبيّ، وقال في موضع آخر ٢٣٣/٣: «ووقع الفرق أيضاً من حيث السّبب؛ فإنّ الذِّمَّة يُشترَطُ فيها التّكليف من غير خلافٍ أعلمه، بخلاف أهليّة التّصرّف؛ فقد وضح الفرق بينهما».

قَبُولُ الإنسانِ شرعاً للزُوم الحقوق دون الْتِزَامِها»[١]، فيكون هذا تعريفاً مُختاراً، والله -سبحانه وتعالى- أعلم بالصّواب.

يَتَحَوَّل، أي: ينتقل، يقال: تَحَوَّلَ مِن مكانه، إذا انتقل عنه، والتَّحَــوُّل: الانتقال والتّغيّر[٢].

يعود، من:عَادَ إلى كذا، وعَادَ لَهُ أيضاً، يَعُودُ عَوْدَةً، وعَوداً،أي:صَارَ إليــه، والعَودَةُ والعَوْدُ: الرّجوعُ إلى الشَّيء بَعْدَ الانصراف عنه، والصّـــيرورة إلى ما كان عليه من قبل، إمّا انصرافاً بالذّات، أو بالقول والعزيمة[٣].

أَمَانَة، لغةً: أَمِنْتُهُ عليه، وأْتَمَنْتُهُ عليه، فهو أمينٌ، والأمانَةُ ما جُعِلَ عند أمــين؛ لأنّه مأمونُ الغاية، ليس له غَورٌ ولا مَكرٌ يُخْشَى، واستُعْمِلَ المصدر في الأعيان مَجازاً؛ فقيل: الوديعة أمانةٌ، والجمع: أماناتٌ[٤].

وفي اصطلاح الفقهاء: ما وجب حِفْظُهُ بِعَقْدٍ أو بغير عقد، وسواء أكان هذا العقدُ عقدَ استحْفَاظ؛ كالوديعة، أم عقدَ استئجارٍ؛ كالإجارة، والأمانة بغير العقد؛ كاللّقطة في يد الملتقط في مُدَّة التّعريف[٥].

وبعبارةٍ أخرى، الأمانة هي: ما لا يُضمن إلاّ بتعــدٍّ أو تفــريطٍ أو شرطٍ، وهو مقابل المضمون الذي هو مضمونٌ في كلّ حالٍ[٦].

---

(١) أدرار الشّروق لابن الشّاط ٣/٢٣٤.
(٢) انظر: المصباح المنير ص ٦٠، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٦٦.
(٣) انظر: المفردات ص ٣٥٤، والمصباح المنير ص ١٦٦.
(٤) انظر: المصباح المنير ص ١٠.
(٥) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ٦٩.
(٦) انظر: نيل الأرب ص ١٩٤، و١٩٧، و٥٧٥.

الْمعنَى الإجمالي للقاعدة:

العبارة الكاشفة عن الذِّمَّة أنّها: معنًى شَرعِيٌّ مُقَدَّرٌ في الْمُكَلَّفِ، قَابِلٌ للّزوم، وهذا المعنَى جعله الشّرعُ مُسَبَّباً عن أشياء و بخاصة منها: البلوغ، ومنها: الرُّشدُ، فَمَن بلغ سَفيهاً فلا ذِمَّةَ له، ومنها: تركُ الحجر؛ كما في المفلس، فَمَن اجتمعت في حقِّه هذه الشّروطُ الثّلاثةُ، رَتَّبَ الشّرعُ عليها تقديرَ معنًى فيه، يقبل إلزامَهُ أرشَ الجنايات، وأُجَرَ الإجارات، وأثْمانَ المعاملات، ونحو ذلك من التّصرّفات، ويُقْبَلُ الْتزَامُهُ إذا التزم أشياءَ اختياراً من قبل نفسه لزمه، ومَتَى فُقِدَ شرطٌ من هذه الشّروط لَم يُقَدِّر الشّرع هذا المعنَى القابل للّزوم ، وبالتّالي لا يكون له ذِمَّة[١].

والشّيء الذي في الذِّمَّة، هو المضمون، وهو كلّ ما يَجب ضمانه على مَنْ في ذِمَّته، ولا يَسقط بالعجز[٢].

وضابط ما يثبت في الذِّمَم وما لا يثبت فيها هو[٣]:

أمّا ما لا يثبت في الذِّمَم فهو الْمُعَيَّنَاتُ الْمُشَخَّصَاتُ في الخارج، المرئيةُ بالحسّ، فهذه لا تثبت في الذِّمَم ما دامت قائمةً مشاهدةً كالعقار.

وأمّا ما يثبت في الذِّمَم فهو كلّ ما لا يتعيّن؛ لأنّ ما في الذِّمَم لا يكون مُعَيَّناً، بل يتعلّق الحكمُ فيه بالأمور الكلّيّة، والأجناس المشتركة؛ فَيَقْبَلُ ما لا يتعيّن منها البدلَ، والْمُعيَّن لا يَقْبَلُ البدلَ، والجمع بينهما

---

(١) انظر: الفروق ٣/٢٣٠-٢٣١.

(٢) انظر: التّاج والإكليل ٦/٢٣٢، والشّرح الكبير للدّردير ٣/٢٤٦، والمجموع ٩/١٩٩.

(٣) انظر: المعونة ٢/١٠٩٤، والمنتقى ٧/٤٨٠، والفروق ٢/١٣٣-١٣٦، (٨٧)، والذّخيرة ٢/٣٨، والمغني ٧/٧٦.

مُحالٌ؛ فمَتَى تعيَّن شيءٌ وشُوهِدَ فلا يتعلّق بالذِّمَّة؛ لذلك؛ فإنّ العينَ ما دامت باقيةً مُعَيَّنَةً قائمةً في يده لا تكون في الذِّمَّة وإنّما يُطَالَبُ بردّها ليس غير، وإذا تلفت في يده دخلت في ذمَّتِه وعليه ضمانُها حينئذٍ بالمثل، أو بالقيمة على ما تقرّر في محلّها.

وهذا الفرق بين هاتين القاعدتين يظهر أثره في العبادات: الصّلوات والزّكوات، وفي المعاملات، وأمّا العبادات؛ كالصّلوات والزّكوات؛ فلا ينتقلُ الأداءُ إلى الذِّمَّة إلاّ إذا خرج وقتها؛ لأنّه مُعَيَّنٌ بوقته، والقضاء ليس له وقتٌ مُعَيَّنٌ شرعاً يتعيَّن حَدُّهُ بخروجه، فهو في الذِّمَّة، والقاعدة: أنّ من شروط الانتقال إلى الذِّمَّة تعذَّرَ المعيَّنِ؛ كالزّكاة مثلاً، ما دامت مُعَيَّنةً بوجود نصابها لا تكون في الذِّمَّة؛ فإذا تلف النِّصابُ بعُذْرٍ لا يضمن نصيب الفقراء، ولا ينتقل الواجب إلى الذِّمّة، ولا يُعتبر في القضاء التّمكّن من الإيقاع أوّل الوقت، وأمّا في المعاملات فهي كما في المغصوب على التّفصيل السَّابقِ.

وترجع موجبات ضَمان ما في الذِّمَّة إلى مسألة القبض؛ حيث إنّ القابض لمال غيره لا يَخلو، إمّا أن يكون قبضه بإذن أو بغير إذن[1].

أمّا بغير الإذن؛ فيكون القبض على وجه التّعدِّي،كوضع اليد غير المؤتمنة عليه؛ فالعين المغصوبة ما دامت قائمةً معيَّنةً لا تدخل في الذّمّة فلا تُضْمَن؛ لأنّ المُعَيَّنات المُشَخَّصات في الخارج المرئية بالحسّ لا تثبت في الذِّمَمِ، وإذا تَلِفَت صارت مَضمونةً في الذِّمّة[2].

---

(١) انظر: المنتقى ٧/٧٦-٧٧، والقوانين الفقهية ص ٢٢٠، والمغني ٧/١٨٤، وقواعد ابن رجب ص ١٨٦، و١٩٣، ونيل الأرب ص ١٨٦، و١٩٣، و١٩٧.

(٢) انظر: المعونة ٢/١٠٩٤، والمنتقى ٧/٤٨٠، والفروق ٢/١٣٣، ف (٨٧)، و٣/٢٥٣، =

وأمّا الإذن فإمّا أن يكون شَرعِيّاً، أو عرفِيّاً، أو لَفظِيّاً.

مثال **الإذنِ الشّرعِيِّ**: اللّقطة؛ فإنّ المال حصل في يده بغير إذنٍ له، وبغير إذنٍ عُرْفِيٍّ، و لم يبقَ إلاّ الإذنُ الشّرعِيُّ.

والإذنُ العُرْفِيُّ هو ما حصل عند الإنسان لإنقاذه، مثاله: لو وجد زيدٌ لِصّاً يريد أن يأخذ ماشيةً لِعَمروٍ، فأنقذها منه، واستولَى عليها، فهذا إذنٌ عرفِيٌّ[١].

والأصل ألاّ يثبت الضّمان مع الإذن؛ لأنّ الإذن ينافي الضّمان إلاّ في صُوَرٍ منها:

١- كون القبض لِمَنفَعةِ القابض؛ فالضّمان عليه إذا تلف، كالعارية والرّهن[٢].

=

ف (١٨٩)، والذّخيرة ٣٨/٢، والقوانين الفقهية ص ٢٢٠، والمغني ٧٦/٧.

(١) وقال العلاّمة الشّيخ محمّد بن عثيمين في نيل الأرب ص ١٨٦: «وعندي أنّ هذا النّوع من الاستيلاء عُرْفِيٌّ شرعِيٌّ؛ شَرعِيٌّ لأنّك مأمورٌ بإنقاذ مال غيرك، وعرفِيٌّ؛ لأنّ صاحب المال لو قلت له: هل تأذن لِي أن أنقذ مالك من التّلَف؟ لقال: نعم، ويشكرنِي على ذلك، وبعدم الإنقاذ ألامَ على ذلك».

(٢) والصّحيح أنّ العارية لا تُضْمَنُ إلاّ بالتّعَدِّي أو التّفريط؛ لأنّه قبضٌ بإذن مالكه، فلو أعرتُ شَخصاً منشفةً فاستعملها، ومعِ طول الاستعمال تَلفَ الخَمَلُ، وهو هَدبها، فلا ضمان عليه، وكذا لو أعارني قلماً فتلفَ حبره بالكتابة؛ فلا ضمان عليَّ؛ لأنّه تَلفَ بالعمل نفسه الذي أعارني إيّاه من أَجله، وأمّا لو تلف في غير ذلك مما لا تَحتمله العارية، فهي مضمونةٌ.

وكذا الرّهن؛ فإنّه قبضٌ مشتركٌ لمصلحة القابض والدّافع، وبالتّالي هو أمانةٌ من الأمانات، لا يُضْمَن إلاّ بالتّعدِّي والتّفريط، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب.

انظر: القوانين الفقهية ص ٢٢٠، وقواعد ابن رجب ص ١٩٧، ونيل الأرب ص ١٩٣-١٩٤.

٢- كون القبض لِمَنفعة القابض والدّافع؛ فينظر أَيُّهُمَا أقـوى مَنفعـةً؛ فيضمن تلفه.

٣- كون القبض على وجه انتقال تَمَلُّكِه إليه بشراء، أو هبة، أو وصـيّة، فهو ضامنٌ عند تلفه -أيضاً-، سواء كان البيع صحيحاً أم فاسداً.

٤- كون القبض على وجه السَّلَف والقَرَض والدَّين، فهو في ذِمَّته ضامنٌ له.

وتنقسم العقود باعتبار ورودها على الذِّمَم وعدمها إلى ثلاثة أقسام[1]:

القسم الأوّل: ما يرد على الذِّمَمِ؛ فيكون مُتعلّقه الأجناس الكلّيّـة دون أشخاصها؛ فَيَحصل الوفاءُ بمقتضاها بأيّ فردٍ كان من أفراد ذلـك الجنس؛ فإن دفع فرداً منه فظهر مُخالفته للعقد رجع بفردٍ غيره، وتبيّن أنّ المعقود عليه باقٍ في الذِّمَّة إلى الآن حتّى يقبض من ذلك الجـنس فـردٌ مُطابِقٌ للعقد.

القسم الثّاني:المُعَيَّناتُ مُشَخَّصَاتُ الجنس في الخارج، المرئيةُ بالحسّ؛ فهذا مُعَيَّنٌ لا يثبت في الذِّمَمِ؛ وخاصّيّته أنّه إذا فات المشخّص قبل القبض انفسخ العقد اتّفاقاً، وتُسْتَثْنَى بعضُ صورٍ منها.

القسم الثّالث: مُتَرَدِّدٌ بين القسمين السّابقين، لا مُعَيَّنٌ مطلقاً، ولا غيرُ مُعَيَّنٍ مطلقاً، بل أخذ شبهاً من الطّرفين، مثاله: بيع الغائـب علـى الصّفة؛ فَمِن جهة أنّه غير مَرْئِيٍّ أشبه ما في الذِّمَّة، ولذلك قيل: إنّ ضمانه على البائع، ومن جهة أنّ العقد لَم يقع على جِنسٍ بل على مُشَخَّصٍ مُعيَّنٍ

---

(١) انظر: التّلقين ص ٢٦١-٢٦٣، والفروق ٢/١٣٣-١٣٦، ف (٨٧)، و٣/٢٥٣-٢٥٩، ف (١٨٩)، والذّخيرة ٢/٣٨، والمهذّب ٢/٤٠٨.

أشبه المعيَّن من هذا الوجه، ولذلك قيل: ضمانه على المشتري.

من أمثلة هذه الفقرة:

- مَنِ اشترى سيّارةً مُعَيَّنَةً؛ فاستحقّت -أي: ثبتت ملكيّتها لغير بائعها- انفسخ العقدُ، ولو ورد العقد على ما في الذّمّة، كما في السَّلَم فأعطاه ذلك وَعَيَّنَهُ، فظهر ذلك المعيَّن مستحقاً رجع إلى غيره؛ لأنّه تبيّن أنّ ما في الذّمّة لَم يَخرج منها.
- إذا استأجر سيّارةً معيَّنَةً للحمل أو غيره فاستحقّت، أو هلكت انفسخ العقدُ؛ لأنّه لا يصحّ أن يقوم غيره مقامه في العمل، وإنّما يتعلّق العمل بتلك العين دون غيرها من الأعيان والذِّمَم[1]، ولو استأجر منه حمل هذا المتاع من غير تعيين سيّارة، أو على أن يركبه إلى مكّة من غير تعيينِ مركوبٍ معيَّنٍ؛ فَعُيِّنَ لِجَميع ذلك سيّارةً للحمل، أو لركوبه فعطبت أو استحقّت رجع فطالبه بغيرها؛ لأنّ المعقود عليه غير مُعَيَّنٍ بل في الذّمّة؛ فيَجب عليه الخروج منه بكلّ معيَّنٍ شاء.

يُبيِّن ذلك في قاعدةٍ أخرى هي: أنّ المطلوب متَى كان في الذّمّة؛ فإنّ لِمَن هو عليه أن يَتَخَيَّر بينَ الأمثال، فَيُعْطَى أيّ مِثلٍ شاء، ولو عُقِدَ على مُعَيَّنٍ من تلك الأمثال لَم يكن له الانتقال عنه إلى غيره، فلو اكتال رطل زيتٍ من خابية[2] وعقد عليه، لَم يَكن له أن يُعْطَى غيره من الخابية، ولو كان في الذِّمّة لكان الخروج عنه بأيّ مثلٍ شاء من تلك الأمثال.

---

(١) انظر: المعونة ١٠٩٤/٢، والمنتقى ٤٨٠/٧، والمهذّب ٤٢٢/٢-٤٢٣، وروضة الطّالبين ٣٦٤/٣.

(٢) الخابية، وعاءٌ كبيرٌ من الطّين، يوضع فيه الماء أو الزّيت ونحوهما، جمعه: خَوابِي. انظر: المصباح المنير ص٦٢، ومعجم لغة الفقهاء ص١٦٩، والمعجم الوسيط ص٢١٣.

وهذا كلّه يُوَضِّح أنّ المُعَيَّنات لا تثبت في الذِّمَم، وأنّ ما في الذِّمَم لا يكون مُعَيَّناً، بل يتعلَّق الحكم فيه بالأمور الكلّيّة والأجناس المشتركة؛ فيقبل ما لا يتعيّن منها البدل، والمُعَيَّن لا يقبل البدل، والجمع بينهما مُحالٌ.

تنبيهٌ[1]: الذِّمَّةُ غير أهليةِ المعاملةِ والتّصرُّف، فالذِّمَّةُ هي التي تقدّم حَدُّها، وبسطها والسّبب الشَّرعِيُّ الذي يقدّر الشّرعُ عنده المعنَى الذي هو الذِّمَّة.

وأمّا أهليّةُ التّصرُّفِ والمعاملة فحقيقتها: قَبُولٌ يُقَدِّرُهُ صاحبُ الشّرع في المحلّ، وسبب هذا القبول المقدَّر هو: التّمييز، أو التّمييز مع التّكليف، وهذا القبول الذي هو أهليّةُ التَّصرُّفِ والمعاملةِ لا يُشتَرطُ فيه الإباحة[2]، ثم إنّ أهليّة التّصرّف قد توجد في النّكاح الذي لا يثبت في الذِّمَم؛ كتصرّف الأولياء في المولّيات لهم، وتوجد في الأحكام فيما لا يثبت في الذِّمَم، وأنواع التّصرّفات كثيرةٌ فيما لا يثبت في الذِّمَّة؛ فأهليّة التّصرّفات أهليَّةٌ وقبولٌ خاصٌّ، وليس فيه إلزامٌ ولا الْتِزَامٌ، بخلاف الذِّمَّة؛ فإنّها معنًى مُقَدَّرٌ في المحلّ قابلٌ لِلُزومٍ ودون الْتِزَامٍ، وهذا هو وجه الفرق بينهما.

ومن وجوه الفرق أيضاً السّبب؛ فإنّ الذِّمَّة يشترط فيها التّكليف من غير خلاف، بخلاف أهليّة التَّصرُّف والمعاملة.

ويتّفقَان في أنّ كلاًّ منهما معنًى مقدَّرٌ في المحلّ.

---

(١) انظر هذا التّنبيه وأمثلته في الفروق٣/٢٢٦-٢٣٦، ف(١٨٣)، والمهذّب٢/٣٨٠.

(٢) هذا عند المالكية، بناءً على أنّ الفضولي عندهم له أهليّة التّصرّف، وتصرّفه حرامٌ، وللمالك عندهم إمضاء ذلك التّصرّف من غير تَجديد عقد آخر ينفذ ذلك التّصرّف؛ فدلّ على أنّ العقد المتقدّم قابلٌ للاعتبار، وإنّما تعلّق به حَقٌّ آدَميٌّ.
انظر:الفروق٣/٢٣٢-٢٣٣،وتكملة المجموع١٥/١٠٣،ومنتهى الإرادات١/٢٤٤.

وإذا تحقّق أنّهما حقيقتان مُتَغَايِران مُتَبَايِنَان، فإذا قيل: زيدٌ له ذِمَّةٌ، لا يُعْنَي به أنّه أهلٌ لأَنْ يُعَامل، أو يتصرّف، وتَحقيق التّغاير بينهما؛ أنّ كلّ واحدة من هاتين الحقيقتين أعمّ من الأخرى من وجه، وأخصّ من وجه آخرٍ؛ فإنّ التّصرّف قد يوجد بدون الذّمّة، والذّمّة قدْ توجد بدون أهليّة التّصرّف والمعاملة، وقد يَجتمعان.

مثال وجود أهليّة التَّصرُّفِ والتَّعَامُل بدون الذّمَّة: الصِّبْيان المُمَيِّزُون إذا باعوا يصحّ بيعُهُم وشراؤهم، ويقف اللّزوم على إجازة الوليّ[(١)]، فعلى هذا القول وُجِدَتْ أهليّة التّصرّف والتّعامل، ولكن بدون وجود الذِّمَّة.

مثال وجود الذِّمَّة بدون أهليّة التّصرّف والمعاملة: العبيد؛ فإنّهم مَحجورٌ عليهم لِحقّ السّادات، وعلى القول بأنّهم يَملكون؛ فلا يَجوز لهم التَّصرُّفُ إلاّبإذن السّادات، سدّاً لذريعة إفساد مالِهم، وحقّ السّادات متعلِّقٌ به، ولو جَنَى عبدٌ جنايةً كانت مُتعلِّقةً بِذِمَّته إذا عُتِقَ طُولِبَ بها، بخلاف الصَّبِيِّ إذا بلغ لا يُطالَبُ بِما تقرّر في ذمّته قبل البلوغ؛ لَكن بِما تقدّم سببُهُ قبل البلوغ يُطالَبُ به الآن، وإنّما العبدُ يُطالَبُ بِما تعلّق بذمّته قبل العتق؛ فيكون قد تقدّم في حقّ العبد السّببُ واللّزومُ، وفي حقّ الصَّبِيّ السّببُ دون اللّزوم، وكذا إذا تزوّج العبدُ بدون إذن سيّده، وفسخ نكاحه بقي الصّداقُ

---

(١) ذهب الشّافعية إلى أنّ بيع الصِّبيان المميّزين لا يصحّ مطلقاً لا بإذن ولا بغير إذن، وذهب الحنفية إلى صحّة بيعهم بإذن الولي، ووقوف إجازته علىً إذن الولي إنْ كان بغير إذن، وذهب الحنابلة إلى صحّته إن كان بإذن، وإلاّ فلا، فالجميع اتّفق على عدم الذِّمَّة في حقّه، ومَن أجاز بيعهم بإذن حصل به أهليّة التّصرّف عندهم.
انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٢١، والفروق ٣/٢٢٧، وروضة الطّالبين ٣/٣٤٣-٣٤٤، ومنتهى الإرادات ١/٢٤٣.

في ذمّته، يُطَالَبُ به بعد العتق؛ فاللّزوم سابقٌ والمطالبةُ متأخِّرةٌ، وكلاهما متأخِّرٌ في حقّ الصَّبيّ لعدم الذّمّة في حقّه،ووجودها في حقّ العبد.

وتجتمع أهليّة المعاملة والتّصرّف، والذّمّة في حقّ حرٍّ بالغٍ رشيدٍ؛ فإنّ له أهليّة التّصرّف والمعاملة، وله ذمَّةٌ؛ فظهر أنّ الذِّمَّة وأهليّة التّصرّف والمعاملة كلّ واحدٍ منهما أعمّ من الآخر من وجهٍ، وأخصّ من وجهٍ آخر، ويؤكِّد ذلكَ؛ أنّ المفلِس مَحجورٌ عليه في ماله الذي حازه الحاكم، ليس له أن يتصرّف فيه، وله أهليّة التّصرّف في مالٍ يستدينه من قومٍ آخرين، أو يرثه، أو يُوهَبُ له؛ فقد اختصّت أهليّة التّصرّف ببعض الأموال دون بعضٍ آخر، وأمّا ذمَّتُهُ فثابتَةٌ بالنِّسبة إلى الجميع في المالين، وصارت الذِّمَّةُ في هذه الصُّوَرِ أعمَّ من أهليّة التّصرّف، وأهليّةُ التّصرّف أخصَّ من الذِّمَّة لحصولها في البعض من الأموال دون البعض.

والذِّمَّة وأهليّة التّصرّف مِن باب خطاب الوضع دون خطاب التّكليف[1]، وهما يرجعان إلى التّقادير الشّرعية، التي هي: إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود[2]، والذِّمَّةُ وأهليّةُ التَّصرُّف من القسم الثّانِي، وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود؛ فإنّه لا شيءَ في المحلّ من الصّفات الموجودة؛ كالألوان والطّعوم ونحوهما من الصّفات، وإنّما هو نسبةٌ خاصّةٌ يقدّرها صاحبُ الشّرع موجودةً عند سببها، وهي لا وجود

---

(١) خطاب الوضع هو: وضع الأسباب، والشّروط، والموانع، والتّقادير الشّرعية.
وخطاب التّكليف هو: الوجوب، والتّحريم، والنّدب، والكراهة، والإباحة.
انظر: الفروق ٣/٢٣٤-٢٣٥.

(٢) انظر: الفروق ٣/٢١٥-٢١٧، و٢٣٥، والأمنية ص ٥٥-٥٦.

لها، بل هذا المعنَى من التّقدير فقط[١].

الخلاصة: مفاد القاعدة؛ أنّ الواجب في الذِّمَّة مَضمونٌ على كلّ حال، والذِّمَّةُ مشغولةٌ به، واليد ضامنةٌ، والذِّمَّة في الأمانة بريئةٌ غير مضمونةٍ، واليد غير ضامنةٍ ما لم يكن التّعدِّي والتّفريط، فلا يُمكن تَحوُّلُ ذمَّةٍ واحدةٍ من مشغولة إلى بريئة غير مشغولة، ويدُ ضمان إلى يد أمانة غيرَ ضامنةٍ مع اتّحاد اليد؛ لأنّ ما في الذِّمَّة لا يَعود أَمَانَةً؛ حتّى يَقبض الدَّين، ثم يَصرفه على وجه الأمانة، ولا يبرأ الغريمُ بما عليه إلاّ بإبرائه، أو القبض منه، أو الهبة له[٢].

وأمّا مع اختلاف اليدين فَجائزٌ، كما لو قال لِرَجلٍ: اقبضِ المالَ الذي لِي على فلان، واعمَلْ به قِراضاً؛ فقبضه وعمل به، جاز على الصّحيح[٣]، ويكونُ وكيلاً في قَبضه، مؤتَمناً عليه؛ لأنّه قَبَضَهُ بإِذْنِ مالكه من غيره؛ فجاز أن يَجعله قِراضاً، كما لو قال: أَقْبِضِ المالَ من غُلامِي وقَارِض به[٤].

موقف المذاهب الفقهية من القاعدة:

---

(١) انظر: الفروق ٣/٢٣٤-٢٣٦، والأمنية ص ٥٥-٥٦.

(٢) انظر: الاستذكار ٦/١١.

(٣) نسب الحافظ ابن عبد البرّ إلى الإمام مالك في الاستذكار ٦/١١، أنّه قال: قراضٌ فاسدٌ؛ لأنّه ازداد عليه فيما كلفه من قبضه، وهو مذهب الشّافعية، ولعلّ الصّواب الجواز؛ لأنّ هذا وكالةٌ بالقبض، ويَد الوكيل تقوم مقام يد مُوكّله، ونسب موفّق الدِّين ابن قدامة هذا القول للجميع في المغني ٧/١٨٢، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصّواب، وانظر: روضة الطّالبين ٥/١١٧، وتكملة المجموع ١٥/١٠٣.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ٤/٣٩٨-٣٩٩، و٤٩٥، و٥/١١٤، والهداية ٣/٢٠٢، والاستذكار ٦/١١، والمغنِي ٧/١٨٢-١٨٣.

هذه القاعدة مُجْمَعٌ عليها لدى فقهاء الأمصار، أجمعوا على المسألة التي ورد فيها ذكرُ القاعدة، كما أجمعوا على مفادها، وخرّجوا عليها فروعاً، ولَم أقف على مَن خَالَفَ فيها؛ لأنّه لا تصير عين المال مِلْكاً للغَريم إلاّ بقبضه، وهذا غير مقبوض، ولأنّ من شروط رأس المال[١] كونه معلومَ الصّفة والقدر، عيناً لا دَيناً، مُعَيَّناً، ومُسَلَّماً للمقارض ولم يوجد في مسألة الحقّ الثّابت في الذّمة؛ لأنّ ما في الذِّمَّة لا يُسْتَحَقُّ قَبْضُهُ، يعني: لا يَحْتَمِلُ القبض، وما في ذمّة فلانٍ غير مقدورِ التَّسليم في حقّه، والقدرة على التّسليم شرطُ انعقاد العقد، ولأنّ ما في الذِّمَّة لا يكون مقصوداً بنفسه[٢].

من أدلّة القاعدة:

يستدلّ لثبوت القاعدة وصحّتها وحجّيّتها بالإجماع؛ حيث حكَى الإجماع على مفادها غير واحدٍ من أهل العلم المحقِّقين[٣].

من تطبيقات القاعدة:

١-لو قال رَجُلٌ لِرجُلٍ: أقرضِني ألفاً شهراً، ثم هو بعد الشَّهر مُضاربةً؛فإنّه لا يصحّ؛وذلك لأنّه إذا أقرضه صار دَيناً عليه، ولا يَجوز أن يُضارب بالدَّين الذي عليه؛ لأنّه في ذِمَّته، ولا يَتحَوَّل ويعود أمانةً[٤].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١١٣، وبدائع الصّنائع ١١٤/٥، والهداية ٢٠٣/٣، والمنتقى ٧٦/٧، وعقد الجواهر ٨٩٩/٣-٩٠٠، والمهذّب ٣٦٧/٢، وروضة الطّالبين ١١٧/٥-١١٨، وتكملة المجموع ١٠٣/١٥-١٠٤، والمغني ١٠٨/٦، و١٨٢/٧، و١٨٤.

(٢) انظر: بدائع الصّنائع٣٩٨/٤-٣٩٩،و٤٩٥،و٥٩١، و١٧٠/٥، والمغني١٨٠/٦.

(٣) منهم الحافظ ابن عبد البرّ، والإمام ابن رشد، ومُوفَّق الدِّين ابن قدامة رحمهم الله تعالى جميعاً. انظر: الاستذكار ١١/٦، و١٢، والمغني ١٨٢/٧.

(٤) انظر: بدائع الصّنائع ١١٤/٥، والمغني ١٨٣/٧.

٢-أنّ الأمانات؛ كالوديعة لو كانت قد تلفت بتعدٍّ من المـودَع أو تفـريطٍ منه،وصارت في الذِّمَّة،لَمْ يَجُز أن يقارضه عليها؛لأنّها صارت دَيناً(١).

٣-أنّ الأمانة قد تَتَحوَّل أمانةً أخرى، كَمَن عنده مَالٌ وديعـةً لِرَجُـلٍ؛ فيقول المودِعُ للمُودَع: ضارب بالمال الذي عندك أمانةً، جـاز؛ لأنّ الوديعة مِلْكٌ لِرَبّ المال، وليس في ذِمَّة المودَع، بل كلّها أَمَانَةٌ؛ فجاز أن يقارضه كَما لو كانت حاضرةً، وقال: قارضتك على هذا الألف، وأشار إليه في زاويةٍ من البيت، وفارق الدَّين؛ فإنّه لا يصير عينُ المال مِلْكاً للغَرِيم إلاّ بقبضه(٢).

٤-أنّ الأمانة جازت أن تَتَحَوَّل وتعود في الذِّمَّة؛ كمَنْ قـال: ضـارِبْ بألفٍ شهراً، ثم خُذْهُ دَيْناً(٣).

٥-مَن كان له في يد غيره مالٌ مغصوبٌ، فقارض به صحَّ؛ لأنّه مالٌ لِرَبّ المال، يُباحُ له بيعُهُ من غاصبه، ومِمَّن يقدر على أخذه منه، فأشـبه الوديعة، ومَتَى قارضه على المال المغصـوب زال ضـمان الغصـب بِمُجرَّد عقد القراض؛ لأنّه مُمْسِكٌ للمال بإذن مالكـه، لا يخـتصّ بِنفعه، ولم يتعدَّ فيه فأشبه ما لو قَبَضَهُ وقَبَّضَه إيّاه، والعاملُ صار أميناً في مال القراض، متصرِّفاً في مال غيره بإذنه، لا يَختصّ بِنفعه؛ فكان

---

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/١١٤، والاسـتذكار ٦/١١، والمنتقـى ٧/٧٦، وعقـد الجواهر ٣/٩٠٠، والمغني ٧/١٨٤.

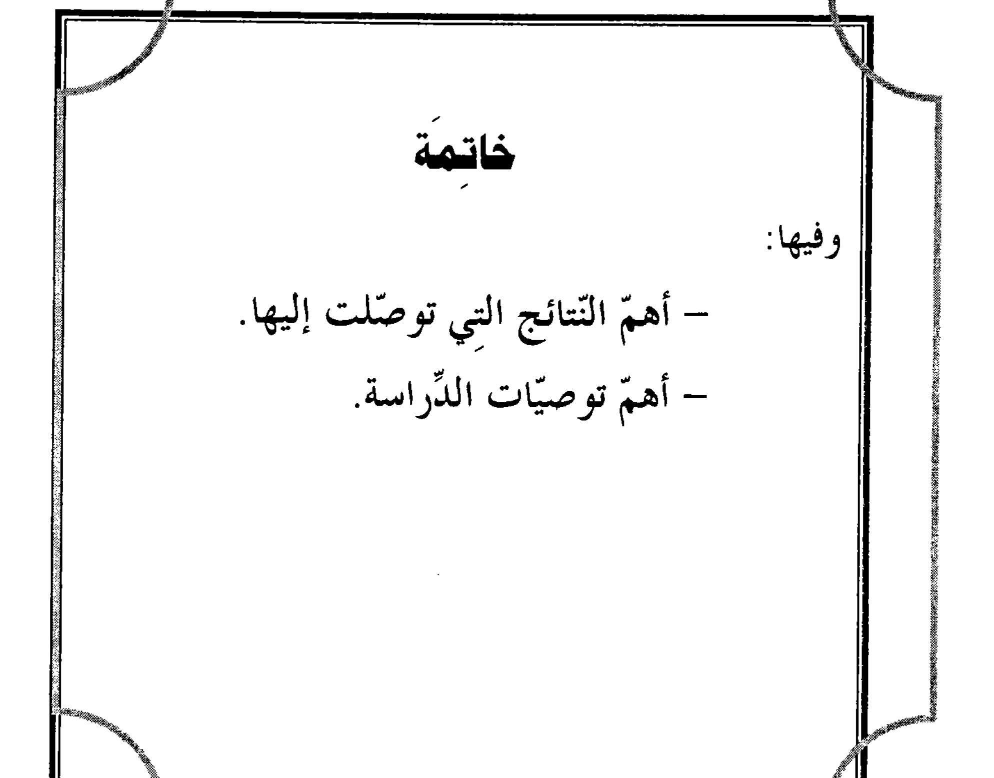
(٢) انظر: الاستذكار ٦/١١-١٢، والمنتقى ٧/٧٦، وعقد الجواهر ٣/٨٩٩، وتكملة المجموع ١٥/١٠٣، ومختصر الخرقي والمغني ٧/١٨٣-١٨٤.

(٣) انظر: المغني ٧/١٨٣، والإنصاف ١٤/٧٢.

أميناً كالوكيل، وأمّا إن تَلِفَ وصار واجِباً في ذِمَّتِهِ، لم يَجر القراض به؛ لأنّه صار دَيناً[1].

(١) انظر: بدائع الصّنائع ٥/١١٤، والمنتقى ٧/٧٦، والمهذّب ٢/٣٧٥، والمغني ٧/١٨٤، والإنصاف ١٤/٧٢.





خاتِمَة

وفيها:

- أهمّ النّتائج التِي توصّلت إليها.
- أهمّ توصيّات الدِّراسة.

خاتمة

الطّالب في دراسته الشّرعيّة أو القانونيّة، إذا تلقّى هذه القواعد، وتفَهَّم جيّداً مدلولاتها، ومدى تطبيقاتها، يشعر في ختام دراسته لها كأنّما وقف على قمة من الفقه، تشرف على آفاق مترامية الأطراف من الفكر الفقهيّ نظريّاً وعمليّاً، ويرى امتداداته التّطبيقيّة في جميع الجهات(١).

أمّا بعد...؛ فقد آن لهذا القلم أن يُوضَعَ، ولهذا البحث أن يبلغ غايته ومداه، وإن لم أقض منه كلّ لُباناتي؛ ففي الخاطر منه بقيّاتٌ، لكن لم يعد في قوسي مَنْزعٌ، والأمر إذا اتّسع ضاق!

بعد أيّامٍ وشهورٍ وسنواتٍ مباركةٍ قضيتها في إعداد هذه الدّراسة التّجريبيّة المتواضعة عن شخصية الفقيه ابن رشد، وكتابه: بداية (المجتهد ونهاية المقتصد) في عدّة جوانب، وبعد دراستي للقواعد والضّوابط الفقهيّة التي جمعتها في خلال تلك الموسوعة العلميّة الشّرعيّة، وصلت بتوفيق الله - سبحانه وتعالى- وعونه وسداده وحسن هدايته إلى ختام ما قُسِمَ من تلك الدّراسات في هذه الرّسالة، والذي أسأل الله ربّ العرش الكريم أن يَجعل ختامَها مسكاً، إنّه جوادٌ كريمٌ.

ولا شكّ أنّ مثل هذا الإمام في علوّ قدره، وشرف مَنْزلته، وجلالة قواعده هذه، كان يستأهل ذهناً أصفَى، وفكراً أنقَى، وذوقاً أدقّ، ولساناً

---

(١) هذا البيان المعبَّر هو للأستاذ مصطفى الزّرقا رحمه الله في مقدّمة شرح القواعد الفقهيّة لوالده الفقيه أحمد الزّرقا في ص ١١، وانظر: القواعد القرّافية ١/٢٩.

أَبْيَنَ، وعِلماً أوسعَ، لكن كلٌّ مُسَيَّرٌ لِمَا خُلِقَ له.

ولا يخفى مكان هذا الفنّ؛ فنّ القواعد الفقهيّة، وعلوّ شأنه، ولطف مداركه، وصعوبة معتركه؛ فإنّه مِنْ علوم أُولِي الجِدّ والاجتهاد، وخلاصة طرق أئمة الهدى ونُجوم الاقتداء.

غير أنّني تتبعتُ من كلام الإمام أغواره وأنجاده، وقطفتُ من أزهاره، وقصدتُ تلك المعادن والكنوز، استخرجت واستنبطت، واخترتُ منها عيون العيون، وعرضتُ ذلك في معرضٍ جديد.

وأرجو أن يكون ما قدّمته في هذه الرّسالة لَبنةً مُتمَاسِكةً طَيِّبَةً تصلح لاعتمادها والبناء عليها.

وأسأله - سبحانه وتعالى- كما عَوَّدَني لطفه وإحسانه الجزيل فيما مضَى، أن يديم ذلك عليّ فيما بقي وأستقبلُ، وأن يعينَنِي على نشر العلم والقيام بِحقّه وعهده، ويَجعل بيني وبين القواطع سدّاً مسدوداً.

اللهمّ إنِّي أسألك حسن العاقبة في الدّنيا والآخرة، اللهمّ اغفر لِي ولوالِدَيّ، وتَوَفَّنِي مسلماً وأَلْحِقْنِي بالصّالحين.

﴿ رَبَّنَا ٱغْفِرْ لِي وَلِوَٰلِدَيَّ وَلِلْمُؤْمِنِينَ يَوْمَ يَقُومُ ٱلْحِسَابُ ﴾[1].

وصلّى الله على سيِّدنا ونَبيِّنا محمّدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله ربّ العالمين.

---

(١) سورة إبراهيم، الآية ٤١.

نَتَائِجُ وتوصيّاتٌ

عنوان هذا البحث هو: (القَواعدُ وَالضَّوَابطُ الفقْهيَّةُ، في كِتَاب: بِدَايَـةِ المُجْتَهِدِ ونِهَايَةِ المُقْتَصِدِ ـ لابْنِ رُشْد الحَفِيد، جمعاً ودراسةً).

وتَمَّ البحث ولله الحمد في قسمين اثنين:

القسم الأوّل: ترجمةٌ موجزةٌ لابن رشد الحفيد، وتعريف بكتابـه: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد).

القسم الثّاني: دراسة القواعد والضّوابط الفقهيّة في كتاب: (بداية المجتهد ونِهاية المقتصد).

وقد خرج البحث في قسميه بعدةِ نَتائجَ مُهمَّةٍ وتوصيّاتٍ، وهـي على ثلاثة أقسامٍ:

القسم الأوّل: ما يتعلّق بالإمام ابن رشد:

أوّلاً: أنّ الإمام القاضي أبا الوليد ابن رشد الحفيد وُلِدَ ونشأ في بيت علمٍ وفضلٍ ودِينٍ، عاش في بيئة أندلسيّة إسلاميّة دامت ثمانية قرون، حافلة بالعطاء الحضاريّ بلا حدود، تعدُّ فاتحة آفاق العلم والمعرفة لقـارة أوروبية منذ العصور الوسطى، ولم يزل أثر ابن رشد فيها إلى يومنـا هذا، كما حفلت تلك البيئة أيضاً بالمفارقات العجيبة.

ثانياً: أنّه اشتغل بالعلم درساً وتدريساً، تأليفاً وشرحاً، ولازم العلم وأهله، منذ سنّ مبكّر من حياته؛ حتّى أصبح فقيهاً أصوليّاً، مُفَسِّراً مُحَـدِّثاً، مُفتياً قاضياً، طَبيباً فَلَكيّاً مُهندِساً؛ فيلسوفاً مُتَمَيِّزاً، يُفزَعُ إلى فُتْياه في الطِّبّ كما يُفزَعُ إلى فتواه في الفقه.

ثالثاً: أنّه أُسْنِدَ إليه بعضُ المهام من الأعمال العلميّة والدِّينيّة التي لا يقوم بها إلاّ ذوو الحصافة والحنكة، باشرها وقام بها خير القيام، وحمدت سيرته فيها، منها:

-تولِّيه مناصب القضاء، ثم قاضي قضاة للدّولة، وقد تَوَلاّها مِنْ قَبْلِه جَدُّهُ وأَبُوه، ومِنْ بَعْدِهِ أبناؤهم وأحفادهم.

-تولِّيه منصب مفتي عامٍ للدّولة، والفُتيا تُعدُّ من الوظائف التي لا تُسنَد إلاّ لذوي كفاءة دينيّة وعلميّة، ولا يرخص فيه لغيرهم، وقد أُسْنِدَت إليه، وحَظيتْ فتاواه بعناية كبيرة، ونال ثقة المسلمين، حتّى صار يُفْزَعُ إلى فُتْيَاهُ في الطِّبِّ كما يُفزَعُ إلى فُتْيَاه في الفقه.

-أنّه عُيِّنَ طبيباً خاصّاً للخليفة المنصور ثالث الخلفاء الموحِّدين.

رابعاً: أنّ الإمام القاضي أبا الوليد ابن رشد الحفيد صاحبُ الدِّين والعقيدة، وأنّه اجتهد في الدّفاع والنِّضال والكفَاح والذّبّ عن دين الإسلام، وعن منهج الرّعيل الأوّل ومَن اتّبعهم بإحسان، بما أعطاه الله من قوّة العقل، وفرط الذّكاء، وسعة الاطّلاع والقراءة، وطول النّفس في المناقشة والمناظرة، وحسن الأسلوب، ومن أقواله المأثورة عنه والمعبِّرة عن واقعه: «**مَنِ اشْتَغَلَ بِعِلْمِ التَّشْرِيحِ ازْدَادَ إيْماناً بالله تعالى**».

خامساً: احترام الإمام ابن رشد الحفيد للنّصوص الشّرعيّة وعدم السّماح بتقديم الأقيسة العقليّة عليها، الأمر الذي يحمله كثيراً على ترجيح مذهبٍ واحدٍ على ما ذهب إليه جماهير فقهاء الأمصار في كتابه: بداية المجتهد.

سادساً: أنّه وإن تعاطَى الفسلفة، ونبغ فيها في عصره، إلاّ أنّ فلسفته

ليست تلك التي يكفِّر صاحبُها لأجلها، وأنّ نظرته للفلسفة لا تَتجاوز آلةً من الآلات، وفناًّ من فنون العلم يؤخذ منها جيّدها، ويرمَى برديئها، وأنّه وظّف فلسفته في خدمة علم أصول الدِّين وفروعه، ففي أصول الدِّين صنّف كتابه: (فصل المقالة)، و(مناهج الأدلّة)، وفي فروعه صنّف كتابه: (بداية المجتهد).

سابعاً: أنّه سعى جهد علمه لإرجاع النّاس إلى الكتاب والسّنة، ومحاربة البدع، بتقريره أنّ مَن أراد قمع البدع، فعليه بالرّجوع إلى ما في كتاب الله وسنّة رسوله ﷺ.

ثامناً: دراسة حياة الإمام ابن رشد الحفيد في جوانبها المختلفة أكّدت أنّ الإسلام دينٌ ودولةٌ، وأنّ الدِّين والتّديّن لا ينافيان النّبوغ والتّمكّن في العلوم بِمجالاتها المختلفة.

وأنّ تأخّر المسلمين في هذا العصر عمّا هو عليه الحال عند غير المسلمين و بخاصةٍ في الغرب؛ فإنّ هذا التّأخّر لا ينسب إلى الإسلام، فالإمام ابن رشد فقيهٌ وقاضٍ ومفتٍ ومؤلِّف، وفي الوقت نفسه طبيبٌ ومهندِسٌ وفلكِيٌّ، شارك في بناء الحضارة الأوروبيّة ناهيك عن الحضارة الأندلسيّة الإسلاميّة الرّاقية؛ فنال احترام المجتمع الأوروبيّ وإعجابهم في عصره، وإلى الآن لم يزل اسمه في ذكرهم، -رحمه الله- في سائر علماء الإسلام.

القسم الثّاني: ما يتعلّق بكتاب: بداية المجتهد ونهاية المقصد:

تاسعاً: ظَهَرَ لِي في أثناء قرائتي ودراستِي لقواعد بداية المجتهد، أنّه كتابٌ قَيِّمٌ، موضوعٌ في الفقه الإسلامِيّ وأصوله، والتّطبيق للقواعد، وتخريج الفروع على الأصول، نظراً واستعمالاً، وأنّه كتابٌ ينطبق اسمه على

مُسَمَّاه؛ حيث إنّ هذه المباحث وتلك العناصر وغيرها مِمّا يحتاج إليها الفقيه والقاضي والمفتِي و بخاصة في هذا العصر؛ عصر التّجدّد والتّقدّم التّقنِيّ لِمعالَجة قضايا العصر وفق الحكم الشّرعيّ عن طريق إِلْحَاق المسكوت عنه بالمنطوق، الأمر الذي من أجله ألّف الإمام ابن رشد كتابه هذا.

والحقيقة أنّ دراسة القواعد الفقهيّة في هذا السّفر العظيم صغير الحجم، عظيم النّفع، إنّ مثل تلك الدّراسة تربطنا ربطاً وثيقاً بالدّراسة الفقهيّة المقارنة، التِي نقف فيها على اجتهادات الفقهاء، ومناهجهم في الاستدلال والتّنظير للفقه الإسلامِيّ.

وكتاب (بداية المجتهد) الذي على أساسه قام هذا البحث، إنّما هو واحدٌ من ألوف مؤلّفات الكتب الفقهيّة في الموازنة أو المقارنة، التِي تتطلّب مثل هذا الجمع والاستنباط والدّراسة والتّحليل والتّطبيق لِما تستوعبه من قواعدَ فقهيّةٍ تطبيقيّة.

عاشراً: أنّه مُتَمَيِّزٌ في موضوعه، ومنهجه، وأسلوبه، بِناء على ذلك؛ فإنّه مفيدٌ في كيفية استثمار القواعد الفقهيّة لدراسة العقود والمعاملات الحديثة، وتَنْزيلها فقهاً وتصوّراً لِهذه المعاملات، أو حُكماً عليها، تَخريجاً على القواعد أو تطبيقاً لها.

القسم الثّالث: ما يتعلّق بقواعد بداية المجتهد ونهاية المقصد:

أسفرت الدّراساتُ عن حقائقَ تتعلّق بقواعد هذا الكتاب منها:

حادي عشر: سعةُ ورقيّ قواعد الإمام ابن رشد الحفيد في كتابه: بداية المجتهد، وأنّها أصلٌ وجِذْمٌ لِجملةٍ كبيرةٍ مِمّا جاء بعدها من كتب

القواعد في فقه الموازنة والمقارنة، كما كانت هي في ذاتها خلاصةً وثَمرةً ونَتيجةً لِما قبلها من الآراء ومذاهب فقهاء الأمصار، وكَشَفَتِ الدّراسةُ عن جملةٍ كبيرةٍ من النّصوص والشّواهد على جهود الإمام ابن رشد في تأصيل علم القواعد الفقهيّة،ليس نَظريّاً فَحسب،بل عمليّاً تطبيقاً، تَفريعاً وتَخريجاً.

ثاني عشر: حاول البحث تتبّع الأصول الفكريّة المنتجة لهذه العقليّة المقعِّدة، والمؤصِّلة لهذا العلم[1] من الإمام ابن رشد، وأنّها ترجع إلى جملةٍ أمور، تَمَّ ذكرها وإبانتها في حينها.

ثالث عشر: أظهرت الدِّراسةُ تصرُّفَ الإمام ابن رشد كثيراً في نقوله، ومصادر نصوصه، وأنّ كثيراً من القواعد، والتّعليلات، والمآخذ، والمدارك هي من عنده بعباراته، وإنشائه، وصوغه.

رابع عشر أَسْفَرَتِ هذه الدّراسةُ لقواعد بداية المجتهد عن جانبٍ كبيرٍ مِمّا يتمتّع به أولئك الفقهاء من جزالة الرّأي وقوّة البحث والتّنقيب عن الصّواب من مظانّه.

خامس عشر: أنّ تاريخ علم القواعد الفقهيّة كغيرها من علوم الدِّين يرجع إلى عصر النّبوّة؛ حيث يُعَدُّ القرآن الكريم والسّنة النّبويّة النّواة الأولَى لهذا الفنّ، ثم لاحت معالمُه في عصر الصّحابة فَمَن بعدهم؛ حيث أُثِرَت عنهم عباراتٌ هي بذاتها قاعدةٌ جاهزةٌ، أو قابلةٌ لتُصاغ منها قاعدةٌ فقهيّةٌ.

---

(١) وغيره من العلوم، كما فعل في قواعدَ كلّيّةٍ في الطّبّ، والضّروريّ في النّحو.

سادس عشر: أنّ القواعد الفقهيّة ليست على درجةٍ واحدةٍ من حيث حُجِّيَّتُهَا، بل تنقسم إلى قسمين:

القسم الأوّل: قواعدُ مُتَّفَقٌ عليها من حيث الجملة، وإنّما الخلاف في بعض جزئيّاتها،كالقواعد الخمس الأساس،أو التي أصلها نصٌّ شرعِيٌّ.

القسم الثّانِي: قواعدُ مختلفٌ فيها، وفي حجّيّتها، وهي ما تَختص بِمذهبٍ معيَّنٍ من المذاهب، وغالب ما تورد بصيغة الاستفهام.

سابع عشر: أنّ أغلب قواعد ابن رشد في بداية المجتهد من القسم الأوّل، واردةٌ في معرض الاستدلال على مسألة فقهيّة؛ كدليلٍ أو تعليلٍ لها، وهي مُسْتَمدَّةٌ من أدلّة الشّرع، ومُوَافِقَةٌ لِمقصود الشّارع، ومراعيةٌ لِمصالح العباد.

ثامن عشر: أدّت تلك الدّراسةُ إلى حقيقة هامّة لا بدّ من القول بها؛ ذلك أنّ الفقهاء على اختلاف درجاتهم العلميّة مُتَّفقون على أنّ الأصل في استخراج الأحكام إنّما هو الأدلّة الشّرعية، وأنّ الاختلاف الواقع بينهم إنّما هو في طرق الاستنباط وكيفية الاستخراج، ومصداق ذلك؛ أنّ الاختلاف في الرّأي كان موجوداً عند سلف هذه الأمّة، ولم يكن داعياً للتّعصّب ولا للفرقة والابتعاد عن أهدافهم السّامية، وهي الوصول إلى جادّة الحقّ؛ لذلك إذا لاح لأحدهم وجه الحقّ اتّجه إليه مسرعاً مستبشراً بظهوره، ثم استمسكه تاركاً رَأْيَهُ جانباً.

تاسع عشر: بيان العلاقة الوثيقة والارتباط المباشر بين القواعد والآراء الفقهيّة والقواعد والآراء الأصوليّة؛ حيث إنّ كثيراً ما يجعل الإمام ابن رشد الاختلاف في الأحكام الفقهيّة ناشئاً من الاختلاف في

القواعد الأصوليّة.

عشرون: أنّ هذه القواعد الجليلة بيانٌ مُعَبِّرٌ عن أسباب اختلاف الفقهاء، وليست أثراً في اختلافهم كما ذكر بعضهم، وفيها صياغاتٌ بديعةٌ، وفيها فلسفةٌ فقهيّةٌ، وحكمةٌ عاليةٌ.

واحدٌ عشرون: تَمَّ تَخريجٌ وتفريعٌ وتطبيق عددٍ كبيرٍ من المسائل الفرعيّة الفقهيّة على قواعد ابن رشد الحفيد، كنماذجَ تؤكّد صلاحية القواعد ومِلاءمتها لِحَلّ كثيرٍ من القضايا.

ومِمّا أنْتَجه القسم التّطبيقي لهذا البحث، مِمّا يتعلّق بتأصيل علم القواعد الفقهيّة وتصنيفه؛ تَعَارُضُ القواعد بعضها مع بعض، وقد يصل هذا التّعارض إلى درجة العموم والخصوص الوجهيّ أو المطلق، أو التّقابل والتّضادّ، وقد يَنْزل عن ذلك إلى رتبة التّداخل والتّشارك، وجملة ذلك مُتَفَرِّعٌ عن الاحتجاج بالقواعد واعتبارها.

وليس كثيراً على هذا العلم؛ علم القواعد الفقهيّة جَعْلُ هذا المبحث (مبحث تعارض القواعد) مَبحثاً أصيلاً مستقلاّ برأسه في هذا العلم، نظيرٌ ما في علم الأصول من جَعْلِهم باباً خاصّاً في (التّعادل والتّرجيح).

اثنان عشرون: أنّ القواعد الفقهيّة كلّيّةٌ، لا يضرّ تَخلُّفُ آحاد جزئيّاتها، أو وجود مستثنيات منها، وأنّ كثيراً ممَّا يذكر تحت مستثنيات قاعدةٍ من القواعد لا يصحّ؛ إذ أغلبه لا يدخل تحت القاعدة أصلاً لعدم انطباق شروط القاعدة وحدودها عليه؛ فيكون أصلاً بذاتها.

ثلاثةٌ وعشرون: **تَكاملُ القواعد**، من المعلوم دَرساً وفقهاً أنّ القواعد الفقهيّة على اختلاف مستوياتها، ورُتَبِها وتطبيقاتها لا تملأ فراغات أبوابٍ فقهيٍّ مُعيَّنٍ، ولا تشغل كلّ أبعاده، ولا تُظهِرُ جميعَ أحكامه،

بل ذلك شأن علم الفقه وأبوابه ومسائله.

لكن المراد هنا بـ (تكامل القواعد) هو: مجموعةُ القواعد الفقهيّة من كبرى، ومندرجة تَحتها، والقواعدُ الكلّيّة فحسب، وقواعدُ الخلاف التي تُكمِّلُ في اجتماعها معاً، وفي مجموعها موضوعاً فقهيّاً واحداً، ومن تكامل القواعد -أيضاً-:

١-ما هو معروفٌ من أنّ بعضها قد يكون قَيداً لإعمال قاعدة أخرى، أو بياناً لمداها، أو شروطاً لتَحقيقها، أو ذكراً لأسبابها ونحو ذلك.

٢-تشابهها أو تَماثلها صياغةً وحكماً، وهو التّعبير عن معنًى قاعدة واحدة بصياغات متعدّدة، (ينظر في ذلك فقرة: توثيق القاعدة، وفقرة القواعد ذات الصّلة، في جملة من قواعد البحث).

٣-دمج القواعد وتداخُلها، وهو التّعبير عن أكثر من قاعدة مشتركة في معنًى واحد بصياغة واحدة، وهو مَبحثٌ جليلٌ لَطيفُ المدارك.

أربعةٌ وعشرون: الفروق بين القواعد بالمعنَى المستقرّ لدَى علماء هذا الفنّ، حال تشابه القواعد وتداخلها واشتراكها، والكتابة في ذلك؛ تَمييزاً لها، وممّا تقدّم وغيره ممّا ذكره بعض الباحثين[1] يُعْلَمُ:

خمسةٌ وعشرون: أنّ التّسارع إلى التّصنيف الموسوعيّ للقواعد الفقهيّة؟ لا يكون مفيداً نافعاً، ولا مقدّماً مُنْتجاً، إلاّ بعد تقرّر هذه الموضوعات، وتقرير هذه المباحث، والإجابة الواضحة عن مشكلاتها، والتّمييز بينها.

عندها فقط يُمكن النّظر في جمع القواعد وتصنيفها وترتيبها، وإلاّ كان

---

(١) انظر مثلاً: د/ عادل قوته، في القواعد القرّافية ١/٨٤٩-٨٥٧.

ما عُمِلَ من ذلك نوعاً من الفهرسة المتكرِّرة غير المنهجية، وغير المُنْتِجة.

وهناك جُملةٌ مُهِمَّةٌ من المباحث العلميّة لتأصيل علم القواعد الفقهيّة ومدّه، ورفّ بنائه، وهي لا تزال كعهد الأئمة السّابقين بها، لم تُطرَق ولم تُدْرَس، ولَم تُجمع وتستوعب بِبحوث علميّة مُتخصِّصَة حسب علمي، من ذلك:

١-(**حُجِّيَّةُ القواعد الفِقْهيّة**) من أهمّ مباحث هذا العلم، ولا يزال حديث العهد حتّى الآن، لم يَنْضُج بعدُ، وتوصي الدّراسة بالتفْتيش والبحث عنه في كتب المعنيين من أهل العلم بالفقه الاستدلالِي، كهذا الكتاب: بداية المجتهد، وبدائع الصّنائع للكاساني، والبيان والتّحصيل والمقدّمات لأبي الوليد ابن رشد الجدّ، والمهذّب لأبي إسحاق الشّيرازي، والمجموع للنّوويّ، والمغني والمقنع لِموفَّق الدِّين ابن قدامة، والمحلَّى لأبي محمّد ابن حزم، وغيرها، والنّظر في تعاملهم مع القواعد الفقهيّة، ومدى استصحابهم لها حال الاستدلال والمناقشة، ودراسة مستوى ورتبة تلك الحجّيّة؛ حيث إنّ من أسباب الكلام في الاحتجاج بالقواعد هو عدم وضوح ولا استقرار مثل هذه الموضوعات المهمّة في علم القواعد، وبقاء احتمالات التّردّد القائمة في تصوّرها والحكم عليها.

٢-**مقوِّمات القاعدة الفقهيّة**، وأركانها، وشروط هذه الأركان، ومَنْزلة الصّياغة اللّفظية والأسلوبيّة في تَحقيق رتبة القاعدة، وشروط تَحقيق القاعدة، ومَحلّ تطبيقها، وهذا الجانب قد افتتح البحث فيها والدّرس لها، لكن لا تزال تَحتاج إلى مزيدٍ من ذلك[1].

---

(١) انظر: القواعد القرّافية ١/٨٥٢، ٨٥٧.

٣-**التّطبيق للقواعد، والتّخريج عليها**، والفرق بين هذين الأمرين نظراً واستعمالاً، وقد حَاوَلَتْ هذه الدّراسة ذلك، في نصوص الإمام ابن رشد الحفيد، وخرجت بِنَتائجَ مفيدةٍ.

٤-**الاستثناء من القواعد**، ألم تكن هذه الاستثناءات إلاّ جزئيّةً فرعيّةً فحسب، أم أنّ الاستثناء من القواعد يكون كذلك للضّرورة والحاجة والأدلّة الأخرى، وهل لا بدّ أن تكون هذه الاستثناءات الجزئيّة منصوصاً عليها من قِبَلِ الأئمة، أم أنّ في وسع المجتهد، كما يُخرِّج على القاعدة أن يستثنِي منها؟

التّوصيات:

أوّلاً: توصي هذه الدّراسة بأهمّيّة دراسة كتب الإمام ابن رشد المؤلَّفة في أصول الدِّين المعبَّر عنها بالعقيدة؛ ككتابيه: (فصل المقال)، و(مناهج الأدلّة)، دراسةً موضوعيّةً هادفةً، تهدف إلى عرض فلسفته، ومقارنتها بالفلسفة عند غيره، للوقوف على حقيقة عقيدة الإمام ابن رشد من خلال كتابيه وأقواله.

ثانياً: بذل مزيدٍ من الجهود لإفراد قواعد أمّهات كتب الفقه التِي عُنِيَت بالاستدلال والتّنظير بالدّراسة، من حيث التّأصيل، لا من حيث جَمعُها ودراستُها، والبحث في بدايات تكوّنها وصياغتها، وما تومئُ إليه من أسباب الخلاف خلال تلك الكتب[1].

---

(١) وهنا، تَجدر الإشادة بالجهود المشكورة المبذولة في وسائل الحفظ الإلكترونية، وبرامج الحاسبات، وشبكة المعلومات (الإنترنيت)، والتّقنيّات؛ كلّ ذلك: عونٌ =

ثالثاً: توصِي هذه الدِّراسةُ وبعد الاطّلاع على عصر أبي الوليد ابن رشد الزّاهر بالرّجوع إلى كتب التّراجم للوقوف على سير علماء الإسلام في عصور قوّة المسلمين وعزّهم، لأخذ العبر، وربط ماضي الأمّة العزيز القويِّ بحاضرها الواهن المتفرِّق؛ ذلك لوضع الخطط الاستراتيجية المستقبليّة لأبناء أمّة محمّد ﷺ، فعصر الإمام ابن رشد مثلاً؛ حيث النَّهضة العلميّة الكبيرة الواسعة النّطاق، ليس في العلوم الدِّينيّة فحسب، بل وحتّى العلوم البحتة كالهندسة، والطّبّ، والفلك، والاكتشافات العلميّة التي من شأنها أن ترجع بالقوّة والعزّة لصاحبها؛ فابن رشد مثلاً مع كونه فقيهاً مسلماً، فهو طبيبٌ، فَلَكِيٌّ، مهندسٌ خَطَّطَ لِقُصُورِ الخليفة، واستشاره الخليفةُ المُوَحِّدِيُّ المنصورُ في وضع الخطط الحربية

=

كبيرٌ، ومساعدٌ باذلٌ.

وفي الوقت نفسه، يحسن التّنبيه على الاستفادة منها محدودةٌ، وتكمن في الاستئناس بها لتقريب المعلومات، وتوفير الوقت والجهد فيما يصعب الوقوف عليه بالسّرعة.

وأمّا الاعتماد عليها والاكتفاء بها في نقل المعلومات منها مباشرةً؛ ففيه خطورةٌ من حيث صحّة المنقول -والكمال لله-، ذلك أنّ أغلب تلك المشاريع تعتمد في إدخال الكتب على الأقراص المضغوطة عن طريق جهاز الإدخال (سكانر)، وعملية الإسكانر ليست كالتّصوير الفوتوغرافي -كما تتصوّر- الذي يحكي حقيقة المادة كما هي؛ لأنّها تتطلّب معالَجة النّصوص ببرنامج (القارئ الآلي) أو ما يقوم مقامه؛ لتصبح النّصوصُ قابلةَ التّصرّف فيها، ونسبة جودة أعلى القارئ الآلي لا تتجاوز ٩٠٪ بمعدل صفحة واحدة حسب علمي، لذلك تَحدث أخطاءٌ إملائيةٌ، وتَحريفاتٌ أثناء تلكَ العمليةِ.

بناءً على ذلك؛ فإنّ هذه الوسائل رغم أهمّيّتها وفوائدها لا تُغْنِي عن اقتناء الكتب، والعكس صحيحٌ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ضدّ نصارى الفانوس عام ٥٩١هـ، وساعد في بناء الحضارة الأوروبيّة، بلا شكّ؛ فإنّ كلّ أمّة، هذا شأنُها تستطيع أن ترفع رأسها، وتبوح بكلّ متطلّباتها، ويُسْمَعُ قولُها، وتَملك حقّ الفيتو، وكما في لسانِ حال هذا العصر: مَنْ مَلَكَ السِّلاحَ صَنَعَ قانوناً.

ولسنا نسعَى إلى الإعداد الذّاتِيّ بمتطلّبات العصر على حساب الدِّين وطهارة القلوب؛ فإنْ حصل هذا تكافأت القوّتان، وتبقى الغلبة للأقوى، أو الأكثر خبرةً، ولكن إن حقّقنا المتطلّبات العصرية إلى جانب الدِّين الصّحيح الذي عليه الرّعيل الأوّل، فهنا تكون المفاضلة بالدِّين، فيكون لنا النّصر بإذن الله بالرّعب في قلوب أعدائنا، كما هو خاصّيّةٌ من خصائص هذا الدِّين.

ولعموم وعد الله -سبحانه وتعالى-: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن تَنصُرُواْ ٱللَّهَ يَنصُرْكُمْ وَيُثَبِّتْ أَقْدَامَكُمْ ﴾[1].

وقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَيَنصُرَنَّ ٱللَّهُ مَن يَنصُرُهُۥٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَقَوِىٌّ عَزِيزٌ ﴾[2].

وقال -تعالى-: ﴿ إِن يَنصُرْكُمُ ٱللَّهُ فَلَا غَالِبَ لَكُمْ ۖ وَإِن يَخْذُلْكُمْ فَمَن ذَا ٱلَّذِى يَنصُرُكُم مِّنۢ بَعْدِهِۦ ۗ وَعَلَى ٱللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ ٱلْمُؤْمِنُونَ ﴾[3].

ولا نَتخوَّف من حجم عتادهم، ولا ذكاء طائراتهم، ولا وفرة إمكانياتهم المغرور بها في كافّة المجالات، ولا...، ولنتذكّر دائماً قول الله ربّنا –

(١) سورة محمّد، الآية: ٧.
(٢) سورة الحجّ، الآية: ٤٠.
(٣) سورة آل عمران، الآية ١٦٠.

تعالى-: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ يُنفِقُونَ أَمْوَٰلَهُمْ لِيَصُدُّواْ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ فَسَيُنفِقُونَهَا ثُمَّ تَكُونُ عَلَيْهِمْ حَسْرَةً ثُمَّ يُغْلَبُونَۗ وَٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِلَىٰ جَهَنَّمَ يُحْشَرُونَ﴾(١).

رابعاً: اجتماع المسلمين على كلمة واحدة، ومنهجٍ واحد، تحت قيادة واحدة؛ فإنّ في الاتّحاد قوّةً، وفي الفرقة ضعفاً، ولأنّه إذا كانت الدّوَل العُظمَى تسعَى إلى التّكتُّلات والدعم اللّوجستيّ العالَميّ، وتَخضع في الجملة لقرارات ومواقفِ دولةٍ واحدة يُفْهَمُ منها أنّها تحت قيادة واحدة مع ما بينهم من اختلافٍ وتفرّقٍ ونزاعٍ تاريخيٍّ وغيره، إذا كان ذلك كذلك؛ فإنّنا معاشر المسلمين أولَى بذلك؛ لأنّ الوحدة والاعتصام بحبل الله أساس ديننا وثقافتنا، فمعبودنا واحدٌ، ورسولنا واحدٌ، وقرآننا واحدٌ، وقبلتنا واحدةٌ.

وهنا؛ فإنّ الباحث يرجو ويأمل اجتماعَ دُوَلِ العالَمِ الإسلاميّ تَحت قيادة دولةٍ واحدة، وبِموجب الحقيقة والإنصاف بالواقع؛ فإنّ المملكة العربية السّعودية -حرسها الله تعالى- هي دولةٌ إسلاميّةٌ وحيدةٌ - في نظر الباحث- تستحقّ تلك القيادة، وذلك لِمَا يأتي:

١-احتضانها مكّة المكرّمة -حرسها الله- والكعبة المشرّفة قبلة المسلمين -عَظَّمَ الله شرفها-، والمسجد الحرام؛ أوّل الثّلاثة المساجد التي تُشَدُّ إليها الرِّحَالُ شرعاً(٢)، وفيها من الأماكن المقدّسة ومشاعر الله: عرفاتٌ، والمزدلفة، ومُنَى.

---

(١) سورة الأنفال، الآية: ٣٦.

(٢) ففي حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : «لا تُشَدُّ الرِّحَالُ إلاّ إلى ثلاثة مَسَاجدَ:مَسجدي هذا،ومسجد الحرام،ومسجد الأقصى».
أخرجه البخاري في صحيحه ٧٦/٣، باب فَضل الصّلاة في مسجد مكّة والمدينة، =

٢-احتضانها مهجر رسول الله ﷺ، وأصحابه الذين هاجروا معه، ومدينة الرّسول ﷺ والمهاجرين والأنصار الذين نصروهم، وفيها مَسْجِدُهُ ﷺ ثاني الثّلاثة المساجد التي تُشَدُّ إليها الرِّحَالُ شرعاً.

٣-بهذا احتضنت المسجدَين من الثّلاثة المساجد التي تُشَدُّ إليها الرِّحال شرعاً.

٤-وبزيارتها يَتمّ أداء الحجّ؛ الرّكن الخامس من أركان الإسلام لِمَن استطاع إليه سبيلاً، وكذلك أداء واجب العمرة.

٥-بهذا تَتمتع المملكة العربيّة السّعوديّة -حرسها الله- بمكانة مرموقة في قلوب المسلمين في جميع أنحاء العالَم لوجود الأماكن المقدَّسة في كلّ من: مكّة المكرَّمة؛ -كمُنَى، وعرفات، والمزدلفة- والمدينة المنوّرة؛ كمسجد النّبيّ ﷺ وقبره ﷺ، وقبر صاحبيه: أبي بكرٍ الصِّدِّيق، وعمر الفاروق -رضي الله عنهما- وعن الصّحابة أجمعين، وبقيع الغرقد، مسجد قباء، ومسجد القِبْلَتين، وموقع غزوة بدرٍ أُولَى الغزوات الكُبْرَى في الإسلام، وغزوة أحد، وغير ذلك من الأماكن المقدَّسة والتّاريخيّة.

٦-إستراتيجية موقعها الجغرافيّ والاقتصاديّ، أمّا الجغرافيّ؛ فإنّه يقع في أقصى الجنوبِ الغربيّ من قارة آسيا، وتُمَثِّلُ مَسَاحَتُهَا النِّسبةَ الكبرى من مساحة شبه الجزيرة العربية، ويربط مَوْقعُهَا بين قارات العالَم القديم: (آسيا، وأوروبا، وإفريقيا)؛ حيث تَحتلّ موقعاً مُتوسِّطاً بين هذه القارات[1].

=

برقم: (١١٦٠)، ومسلم في صحيحه ٢/١٠١٤، كتاب الحجّ، باب لا تُشَدُّ الرِّحال إلاّ إلى ثلاثة مساجد، برقم: (١٣٩٧)، واللّفظ له.

قال النّووي في شرح مسلم ٩/١١٠: «المراد: أنّ الفضيلة التّامّة إنّما هي في شدّ الرِّحال إلى هذه الثّلاثة خاصّة»، وانظر: فتح الباري ٣/٧٧-٧٨.

(١) انظر: جغرافية شبه الجزيرة العربية للصّفّ الخامس الابتدائيّ ص ١٥.

٧-جهودها المشهود لها -حتّى لدى العدوّ- في عالَمٍ إسلامِيٍّ دِيانةً، وفي غير إسلامِيٍّ إنسانيّةً، ومن أبرزها: اهتمامها الكبير الفائق بتلك المقدَّسات والمشاعر الدِّينيّة، شهد بها الدّانِي والقاصي.

٨-ومنها: مُجمَّع الملك فهد لطباعة المصحف الشّريف، ويُعَدُّ الأكبر من نوعه في العالَمِ[١].

٩-ومنها: الجامعة الإسلاميّة التي هي هديّة المملكة العربيّة السّعوديّة لأبْناء العَالَم الإسلامِي كافّةً على وجه المعمورة، تلك الهيئة العلميّة العالَمِيّة التِي تَضمّ (١٤١) مقعداً، أعنِي: دولةً، ل (يَلِي) عدد مقاعد الأمم المتَّحِدة كبرى الهيئات العالَمِية التِي تضمّ (١٩٢) دولة[٢].

هذه الخصائص وتلك الحقائق المذكورة كلّها مُسَلَّمَاتٌ لا يُمكن إنكار شيءٍ منها، ولا تُوجدُ واحدةٌ منها في غير المملكة العربيّة السّعوديّة من بين دُولِ العالَمِ الإسلاميِّ مِمّا تؤهِّلها لِمنصب قيادة العالَم الإسلاميّ وريادتها؛ فإذا تَحقَّق ذلك؛ فإنّ فوائده ترجع للجميع، وستعود للأمة الإسلاميّة خلافتها العزيزة القويّة، وتعود كرامتها بإذن الله -تعالى-. والله - سبحانه وتعالى- هو الهادي إلى سواء السّبيل والرَّشَاد.

وأختم الرِّسالة بِما بدأت به: الحمد لله أوّلاً وأخيراً، أحمده حمداً

---

(١) انظر: موقع المجمع على الإنترنيت: http://www.qurancomplex.org/.

(٢) انظر: موقع الجامعة الإسلاميّة على الإنترنيت: http://www.iu.edu.sa/arabic/intro/index.htm، تعريف عن الجامعة، وموقع الأمم المتَّحِدَّة على الإنترنيت:http://www.uno.org /، قائمة الدّول الأعضاء.

كثيراً يوافِي جزيل نعمه عليّ، ويكافئ مزيده، حمداً كثيراً كما يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، على أنْ جَعَلَ لِي من كلّ ضيقٍ مَخرجاً، ومن كلّ همٍّ فرجاً، ومن كلّ كربٍ نَفَساً، وأعطاني مِن كلّ ما سألته.

وأسأله - سبحانه وتعالى- كما عَوَّدَني لطفه وإحسانه الجزيل فيما مضَى، أن يديم ذلك عليّ فيما بقي وأستقبلُ، وأن يعينَني على نشر العلم والقيام بِحقّه وعهده، ويَجعل بيني وبين القواطع سدّاً مسدوداً.

اللهمّ إنِّي أسألك حسن العاقبة في الدّنيا والآخرة، اللهمّ اغْفِر لِـــي ولوالِدَيّ، وتَوَفَّني مسلماً وأَلْحِقْني بالصّالحين.

وصلّى الله وبارك وأنعم على نَبيّنا محمّد، وعلى آله، وأصحابه، ومَنْ والاهم بإحسانٍ إلى يوم الدِّين.



الفهارس العامّة للرّسالة

وفيها:

١- فهرس المصادر والمراجع.

٢- فهرس القواعد والضّوابط الفقهيّة.

٣- فهرس الموضوعات.



٦- فهرس المصادر والمراجع:

القرآن الكريم، كتاب الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه.

١- ابن رشد اليوم، التنوير شرقاً وغرباً، المحرِّران: مراد وهبه، ومنَى أبو سنه، النّاشر: دار قباء للطّباعة والنّشر والتّوزيع، القاهرة، العدد الأوّل ١٩٩٩م.

٢- ابن رشد، تأليف: محمّد كامل حسن المحامِي، منشورات المكتب العالَمِيّ، بيروت، للطّباعة والنّشر، ١٩٨٨م.

٣- الإبهاج، تأليف: عليّ بن عبد الكافي السّبكي (ت: ٧٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٤هـ، الطّبعة الأولى، تحقيق: جماعة من العلماء.

٤- الإجماع،لابن عبد البرّ،جمع وترتيب:فؤاد بن عبد العزيز الشّلهوب، وعبد الوهّاب ابن ظافر الشّهريّ، دار القلم، الطّبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٥- الإجماع،لابن المنذر،دار الدّعوة،الإسكندرية ١٤٠٢هـ، الطّبعة الثّالثة، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد.

٦- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تأليف: الحافظ تقي الدّين أبي الفتح ابن دقيق العيد، (٦٢٥-٧٠٢هـ)، تحقيق: حسن أحمد إسبر، دار ابن حزم، الطّبعة الأولى، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م، وطبعة: دار الكتب العلمية، بيروت.

٧- أحكام الجنائز وبدعها، تأليف: محمّد ناصر الدِّين الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف، الرّياض، الطّبعة الأولى ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

٨- أحكام الشّركات في الفقه الإسلامي المالكي، تأليف: محمّد سحكال المجاجي، المكتب الإسلامي، الطّبعة الأولى ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

٩- إحكام الفصول في أحكام الأصول، تأليف: أبي الوليد الباجي (ت: ٤٧٤هـ)، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، الطّبعة الثّانية ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.

١٠- أحكام القرآن، لأبي بكر محمّد، المعروف بابن العربيّ (٤٦٨-٥٤٣هـ)، مراجعة: محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت-لبنان، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.

١١- أحكام القرآن، لحجّة الإسلام الإمام أبي بكر أحمد الرّازي الجصاص (ت ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمّد الصّادق قماوي، دار إحياء التّراث العربي، بيروت- لبنان، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

١٢- أحكام النِّساء، للإمام جمال الدِّين أبي الفرج ابن الجوزي (٥٠٨-٥٩٧هـ)، تحقيق: عبد المجيد طعمه الحلبي، دار المعرفة، بيروت-لبنان، الطَّبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
١٣- الإحكام في تَمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام، تأليف: الإمام شهاب الدِّين أبي العبّاس الصّنهاجي القرّافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: أبي بكر عبد الرّزّاق، المكتب الثّقافي للنّشر والتّوزيع، الأزهر، القاهرة، الطّبعة الأولى بمصر ١٩٨٩م.
١٤- آداب البحث والمناظرة، تأليف: الشّيخ العلاّمة محمّد الأمين بن محمّد المختار الشّنقيطيّ،تحقيق:سعود العريفيّ،إشراف بكر أبو زيد،وقف مؤسّسة سليمان بن عبد العزيز الرّاجحي الخيرية، دار عالم الفوائد للنّشر والتّوزيع، من مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، الطّبعة الأولى ١٤٢٦هـ.
١٥- الآداب الشرعية، تأليف: الإمام أبي عبد الله محمّد مفلح بن المقدسي (٧٦٣هـ)، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ١٤١٧هـ، الطّبعة الثّانية، تحقيق: شعيب أرناؤوط، عمر القيام.
١٦- أدرار الشّروق على أنواء الفروق، تأليف: أبي القاسم قاسم بن عبد الله بن محمّد الأنصاريّ، المعروف بابن الشّاط، طبع مع أنوار البروق في أنواء الفروق المشهور بالفروق.
١٧- الإرشاد في توضيح مسائل الزّاد، حاشية على زاد المستقنع، تأليف: الشّيخ صالح بن إبراهيم البليهي، مقرّر الصّفّ الثّالث المتوسّط، لمعاهد جامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلامية، بالرّياض، الطّبعة ١٤٠٥هـ.
١٨- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السّبيل، تأليف: محمّد ناصر الدّين الألبانيّ (ت: ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطّبعة الثّانية ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
١٩- أزهار الرِّياض في أخبار عياض، لشهاب الدِّين أحمد المقرِّي التِّلساني، صندوق إحياء التّراث الإسلاميّ المشترك بين: المملكة المغربية والإمارات العربية المتّحدة، ١٣٩٨هـ/ ١٩٦٨م.
٢٠- أساس البلاغة، تأليف: الإمام جار الله أبي القاسم محمود الزّمخشري (ت ٥٣٨هـ)، دار الفكر، بيروت-لبنان، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.
٢١- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمّنه (الموطّأ) من معاني الرّأي والآثار، تصنيف: الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر النّمريّ الأندلسيّ (ت: ٤٦٣هـ)، تقديم عبدالرّزّاق المهدي، دار إحياء التّراث العربي، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م.

٢٢- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البرّ (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: عليّ محمّد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطّبعة الأولى ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
٢٣- الإسعاف بالطّلب مختصر شرح المنهج المنتخب على قواعد مذهب الإمام مالك؛ للعلاّمة أحمد المنجور، تأليف: أبي القاسم التّواتي، الطّبعة الأولى ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م.
٢٤- أسهل المدارك شرح إرشاد السّالك، تأليف: أبي بكر بن حسن الكشناوي، دار الفكر، الطّبعة الثّانية، بيروت-لبنان، بدون تاريخ الطّبع.
٢٥- الأشباه والنّظائر على مذهب أبي حنيفة النّعمان، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (ت: ٩٧٠هـ)،دار الكتب العلميةبيروت-لبنان، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
٢٦- الأشباه والنّظائر في قواعد وفروع الشّافعية؛ تأليف: تاج الدّين عبد الوهّاب بن عليّ السّبكي (ت: ٧٧١هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعليّ محمّد عوض، النّاشر: دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
٢٧- الأشباه والنّظائر لجلال الدّين السّيوطي (ت: ٩١١هـ)، تحقيق: محمّد المعتصم بالله البغدادي،النّاشر:دار الكتاب العربي،الطّبعةالخامسة١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.
٢٨- أصول السّخرسي،لأبي بكر،محمّد بن أحمد بن أبي سهل السّخرسي (ت٤٩٠هـ)، دارالمعرفة، بيروت.
٢٩- أصول الشّاشي، لأبي عليّ، أحمد بن محمّد بن إسحاق الشّاشي (ت: ٣٤٤هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ.
٣٠- الأصول في علم الأصول،للعلاّمة محمّد بن صالح العثيمين،دارابن الجوزري ط١، ١٤٢٤هـ.
٣١- الاعتصام؛ لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللّخمي الغرناطي الشّاطبي (ت ٧٩٠هـ)، عناية: هيثم خليفة طعيمي، ومحمّد الفاضلي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطّبعة الأولى،١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م.
٣٢- إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، تأليف: شمس الدّين أبي عبد الله محمّد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزيّة (ت ٦٩١-٧٥١هـ)، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م،تحقيق: طه عبد الرّؤوف سعد. وطبعة: دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان،تحقيق:محمّدالمعتصم بالله البغدادي،الطّبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.

٣٣- الأعلام، لخير الدّين الزّركلي، دار العلم للملايين، بيروت، الطّبعة الخامسة ١٩٨٠م.

٣٤- أفعال الرّسول صلّى الله عليه وسلّم ودلالتها على الأحكام الشّرعية، للدّكتور محمّد سليمان الأشقر،مؤسّسةالرّسالة،الطّبعة السّادسة ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.

٣٥- الأم، للإمام الشّافعي (٢٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٣هـ، الطّبعة الثّاني.

٣٦- الأمنية في إدراك النّيّة، لشهاب الدّين أبي العبّاس؛ أحمد بن إدريس المالكي القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، اعتنى به جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.

٣٧- الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، لعلاء الدّين أبي الحسن المرداوي (ت: ٨١٧-٨٨٥هـ)، انظر: المقنع.

٣٨- الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، لعلاء الدّين أبي الحسن المرداوي (ت: ٨٨٥هـ)، دار إحياء التّراث، بيروت، تحقيق: محمّد حامد الفقي، الطّبعة الأولى ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م.

٣٩- أنيس الفقهاء،تأليف:قاسم بن عبدالله القونوي الرّوميّ الحنفيّ(ت: ٩٧٨هـ)، منشورات محمّد عليّ بيضون لنشركتب السّنة والجماعة،دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطّبعة الأولى٢٠٠٤م/١٤٢٤هـ.

٤٠- أوضح الْمسالك إلى أحكام الْمناسك؛ تأليف: عبد العزيز الْمحمّد السّلمان، الطّبعة الثّانية عشرة، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٤١- أيسر التّفاسير لكلام العليّ الكبير، تأليف: أبي بكر جابر الجزائري، الواعظ بالمسجد النّبوي الشّريف، النّاشر: مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنوّرة، الطّبعة الثّالثة، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

٤٢- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، لأحمد الونشريسي (ت٩١٤هـ)، تَحقيق:أحمد بو طاهر الخطابي،صندوق إحياء التّراث الإسلامي المشترك بين المغرب والإمارات (١٤٠٠هـ).

٤٣- باعث النّهضة الإسلامية؛ ابن تيمية السّلفيّ، تأليف: الأستاذ محمّد خليل هراس،دار الكتب العلمية،بيروت-لبنان،الطّبعةالأولى ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.

٤٤- البحر الرّائق، شرح كنْز الدّقائق، لزين الدّين ابن نجيم الحنفي (ت: ٩٧٠هـ)، دار المعرفة للطّباعة والنّشر، بيروت-لبنان، الطّبعة الثّانية، بدون تاريخ الطّبع. وطبعة منشورات محمّد عليّ بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

٤٥- البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدّين الزّركشي (٧٤٥-٧٩٤هـ)، طبع وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية بالكويت، الطّبعة الثّانية ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢، أعاد طبعه دار الصّفوة للطّباعة والنّشر والتّوزيع بالغردقة.

٤٦- بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، لعلاء الدّين الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، دار إحياء التّراث العربي، ومؤسّسة التّاريخ العربي، بيروت-لبنان، الطّبعة الثّانية ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
٤٧- بداية المجتهد لابن ر شد، وأثره في الفقه الإسلامي المقارَن، رسالة دكتوراه، إعداد: عبد الرّحمن عبيد إمام الشّافعي، إشراف: فضيلة الدّكتور الشّيخ طنطاوي، ومصطفى طنطاوي، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م، جامعة الأزهر، كلّيّة الشّريعة والقانون.
٤٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: الإمام أبي الوليد محمّد بن رشد الحفيد القرطبي الأندلَسي(ت: ٥٩٥هـ)، تحقيق وتعليق: محمّد صبحي حسن حلاّق، النّاشر: مكتبة ابن تيمية، القاهرة، توزيع: دار المغني بالرّياض، الطّبعة الأولى ١٤١٥هـ.
٤٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: الإمام أبي الوليد محمّد بن رشد (ت ٥٩٥هـ)، تحقيق: أبي عبد القيّوم؛ محمّد بن ناصر بن سلطان السّحيباني، دار الخضيري، الطّبعة الأولى ١٤١٩هـ.
٥٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: الإمام أبي الوليد محمّد بن رشد (ت ٥٩٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة العاشرة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
٥١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: الإمام أبي الوليد محمّد بن رشد (ت ٥٩٥هـ)، تحقيق: الشّيخ عليّ محمّد معوّض، والشّيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطّبعة الثّانية ٢٠٠٣م/ ١٤٢٤هـ.
٥٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: الإمام القاضي أبي الوليد محمّد بن رشد (ت ٥٩٥هـ)، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، الطّبعة الأولى ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.
٥٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمّد بن أحمد الحفيد القرطبي الأندلسي (ت: ٥٩٥هـ)، تحقيق: الشّيخ عليّ محمّد معوض، والشّيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.
٥٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمّد بن أحمد الحفيد القرطبي الأندلسي (ت: ٥٩٥هـ)، الطّبعة الرّابعة ١٣٩٥هـ، شركة مكتبة ومصطفى البابي الحلبي وأولاده.
٥٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمّد بن أحمد الحفيد القرطبي الأندلسي (ت: ٥٩٥هـ)، تعليق: عبد الحليم محمّد عبد الحليم، دار الكتب الإسلامية لصاحبها توفيق عفيفي عامر، الطّبعة الثّانية، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

٥٦- بغية المرتاد، في الرّدّ على المتفلسفة والقرامطة والباطنية؛أهل الإلحاد من القائلين بالحلول والاتّحاد، تأليف: شيخ الإسلام ابن تيمية (٧٢٨هـ)، تحقيق: د. موسى الدّويش، مكتبة العلوم والحكمة، الطّبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
٥٧- بغية الملتمس في تاريخ رجال الأندلس، تأليف: الضبّي أحمد بن يحيَى بن عميرة (ت: ٥٩٩هـ)، دار الكاتب العربي، ١٩٦٧م.
٥٨- بغية الوعاة في طبقات اللّغويّين والنّحاة، للسّيوطيّ (ت: ٩١١)، تحقيق: محمّد أبي الفضل إبراهيم، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطّبعة الأولى ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.
٥٩- بلغة السّالك لأقرب المسالك، لأحمد الصّاوي، دار الفكر، بيروت.
٦٠- البناية في شرح الهداية، لأبي محمّد محمود بن أحمد العيني، تصحيح: المولوي محمّد الرّامفوري، دار الفكر، الطّبعة الأولى، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
٦١- البيان والتّحصيل، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، تحقيق: د/ محمّد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطّبعة الثّانية ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
٦٢- التّاج والإكليل،لأبي عبد الله محمّد المواق (ت: ٨٩٧هـ)، مع مواهب الجليل.
٦٣- تاريخ التّشريع الإسلامي، لمناع القطّان، مكتبة المعارف للنّشر والتّوزيع، الرّياض، الطّبعة الأولى، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.
٦٤- تاريخ بغداد، تأليف: الخطيب البغدادي (ت: ٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٦٥- تاريخ فلاسفة الإسلام في المشرق والمغرب، تأليف: محمّد لفطي جمعة، المكتبة العلميّة، بيروت.
٦٦- تاريخ قضاة الأندلس، تأليف: الشّيخ أبي الحسن النّبَاهِيّ، منشورات المكتب التّجاريّ للطّباعة والتّوزيع والنّشر، بيروت-لبنان.
٦٧- تبصرة الحكام، تأليف: ابن فرحون؛ إبراهيم بن علي أبي القاسم المالكي (ت: ٧٩٩هـ)، دار الكتب العلمية، لبنان.
٦٨- التّبصرة، تأليف: الإمام أبي الحسن اللّخمي (ت: ٤٧٨هـ)، قسم المخطوطات بالجامعة الإسلامية ٩٤٦٣، فيلم رقم: ٧٩٠٠، ٥٠٧٧.
٦٩- تبيين الحقائق، تأليف: فخر الدّين عثمان بن عليّ الزّيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ.
٧٠- تحفة الطّالب، تأليف: إسماعيل بن عمر بن كثير الدّمشقي، أبي الوفاء (٧٠٠-٧٧٤هـ)، دار حراء، مكّة المكرّمة، ١٤٠٦هـ، الطّبعة الأولى، تحقيق: عبد الغني بن حميد الكبيسيّ.

٧١- تخريج الفروع على الأصول، تأليف: محمود بن أحمد الزّنجاني أبي المناقب(ت: ٦٥٦هـ)، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ١٣٩٨هـ، الطّبعة الثانية، تحقيق: محمّد أديب صالح.
٧٢- التّخريج الفقهي لاستعمال بطاقة الصّراف الآليّ، تأليف: د. عبد الله بن محمّد الربعيّ، مكتبة الرّشد، الطّبعة الأولى ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.
٧٣- التّخريج الفقهي للقيد المصرفي، تأليف: د. عبد الله بن محمّد الربعيّ، مكتبة الرّشد، الطّبعة الأولى ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.
٧٤- تدريب الرّاوي في شرح تقريب النّوواي، لجلال الدّين عبد الرّحمن بن أبي بكر السّيوطي (٨٤٩-٩١١هـ)، تحقيق: عبد الوهّاب بن عبد اللّطيف، مطبعة السّعادة بمصر، بدون تاريخ الطّبع.
٧٥- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض (ت: ٥٤٤هـ)، تحقيق: جماعة من العلماء، وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية بالمملكة المغربية.
٧٦- تسهيل الوصول إلى فهم علم الأصول، تأليف: الشّيخ عطية سالم، والشّيخ عبد المحسن العباد، والشّيخ حمود بن عقلا، مراجعة: الشّيخ عبد الرّزّاق عفيفي، من مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنوّرة، مطبعة المدني، جدة.
٧٧- تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، إعداد: أ.د/ الصّادق بن عبد الرّحمن الغرباني، دار البحوث للدّراسات الإسلامية وإحياء التّراث، دولة الإمارات العربية المتّحدة، حكومة دبَي، الطّبعة الأولى ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.
٧٨- التّعريفات، للجرجاني (ت: ٨١٦)، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة الثّانية ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
٧٩- التّعليق المغني على الدّاقرطني، للمحدّث أبي الطّيّب آبادي،=سنن الدّارقطني.
٨٠- التّفريع: للإمام أبي القاسم عبيد الله بن الحسن المشهور بابن الجلاب (ت ٣٧٨هـ)، تحقيق: د. حسين بن سالم الدّهمانيّ، دار الغرب الإسلامي، الطّبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م.
٨١- تفسير الجلالين: للإمامين الجليلين: جلال الدّين الْمُحَلّي (ت: ٨٦٤هـ)، وجلال الدّين السّيوطيّ (ت: ٩١١هـ)، عناية وتعليق:محمّد نعيم عرقسوسيّ، ومحمّد رضوان عرقسوسيّ،مؤسّسةالرّسالة،الطّبعةالثّالثة ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.
٨٢- تفسير الطّبري، لأبي جعفر، محمّد بن جرير الطّبري (٢٢٤-٣١٠هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.

٨٣- تفسير القرآن العظيم، تأليف: أبي الوفاء، إسماعيل بن عمر بن كثير الدّمشقي، (ت: ٧٧٤هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ.
٨٤- التّقابض في الفقه الإسلامي، وأثره على البيوع المعاصرة، تأليف:علاء الدِّين بن عبد الرّزّاق الجنكو، إشراف: مُصطفى ديب البُغا، دار النّفائس للنّشر والتّوزيع، الأردن، الطّبعة الأولى ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٤م.
٨٥- التّكملة لكتاب الصّلة، لأبي عبد الله محمّد بن عبد الله القضاعيّ البلنسيّ المعروف بابن الأبّار (٦٥٩هـ)، عناية: السِّيِّد عزت العطّار الحسَينيّ، ١٣٧٥هـ/ ١٩٥٦م.
٨٦- التّكملة لوفيّات النّقلة، لزكيّ الدِّين أبي محمّد عبد العظيم بن عبد القويّ المنذريّ (٥٨١-٦٥٦هـ)، تحقيق: بشّار عوّاد معروف، مطبعة الآداب في النّجف، ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م.
٨٧- التّلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرّافعي الكبير، تأليف: أبي الفضل شهاب الدِّين؛ أحمد علي ابن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، تعليق: أبي عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسّسة قَرطبة، الطّبعة الأولى ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.
٨٨- التّلخيص الْحبير في تخريج أحاديث الرّافعي الكبير؛ لابن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، تصحيح وتعليق: السّيّد عبد الله هاشم اليماني الْمدَنِي، طبعة دار الْمعرفة. بيروت-لبنان.
٨٩- تلخيص المستدرك، للحافظ شمس الدِّين أبي عبد الله الذّهبي (٨٤٨هـ)، بذيل المستدرك.
٩٠- التّلقين في الفقه المالكي، للقاضي أبي محمّد عبد الوهّاب البغدادي المالكي (ت: ٤٢٢هـ)، تحقيق: محمّد ثالث سعيد الغاني، دار الفكر للطّباعة والنّشر والتّوزيع، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
٩١- التّمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لجمال الدّين عبد الرّحيم الأسنوي (ت: ٧٧٢هـ)، تحقيق: د. محمّد حسن هيتو، دار الرّائد العربي، الطّبعة الأولى ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م.
٩٢- التّمهيد لما في الموطّأ من المعاني والأسانيد، للإمام أبي عمر ابن عبد البرّ (ت: ٤٦٣هـ)، نشر وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية بالمملكة المغربية.
٩٣- التّمهيد لما في الموطّأ من المعاني والأسانيد، للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البرّ الأندلسي(ت: ٤٦٣هـ)،تحقيق:أسامة بن إبراهيم،وحاتم بن أبو زيد، النّاشر: الفاروق الحديثة للطّباعة والنّشر،الطّبعة الثّانية، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

٩٤- التّنبيه، تأليف: أبي إسحاق إبراهيم بن عليّ بن يوسف الفيروز آبداي الشّيرازي، (٣٩٣-٤٧٦هـ)، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ، الطّبعة الأولى، تحقيق: عماد الدِّين أحمد حيدر.
٩٥- تنقيح الفصول، تأليف: الإمام أبي العبّاس شهاب الدِّين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، طبع مع الذخيرة.
٩٦- تهافت التّهافت، تأليف: القاضي أبي الوليد محمّد بن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ)، تقديم وتعليق: أحمد شمس الدِّين، منشورات محمّد عليّ بيضون، دار الكتب العلميّة، الطّبعة الثّانية ٢٠٠٣م/ ١٤٢٤هـ.
٩٧- تهذيب الفروق والقواعد السّنية في الأسرار الفقهية، تأليف: محمّد عليّ المكيّ المالكيّ، طبع مع أنوار البروق في أنواء الفروق المشهور بالفروق.
٩٨- تهذيب اللّغة، تأليف: أبي منصور محمّد بن أحمد الأزهري (٢٨٢-٣٧٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله درويش والأستاذ محمّد عليّ النّجار، الدّار المصرية للتّأليف والتّرجمة، ١٣٨٤/١٩٦٤م.
٩٩- التّهذيب في اختصار المدوّنة، تأليف: أبي سعيد البراذعي؛ خلف بن أبي القاسم محمّد القيرواني، من علماء القرن الرّابع الهجري، تحقيق: محمّد الأمين ولد محمّد سالم بنَ الشّيخ، مراجعة: أ.د. أحمد عليّ الأزرق،دار البحوث للدّراسات الإسلامية وإحياء التّراث، الإمارات العربية المتّحدة، دُبَي، الطّبعة الأولى ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.
١٠٠- التّوبة والاستغفار: تصنيف: شيخ الإسلام تقيّ الدِّين ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمّد عمر الحاجي، وعبد الله بدران، النّاشر: دار الكتاب العربي، بيروت الطّبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
١٠١- توضيح النّحو، شرح ابن عقيل، تأليف: الدّكتور عبد العزيز محمّد فاخر، بدون معلومات الطّبع.
١٠٢- تيسير العلاّم شرح عمد الأحكام، تأليف عبد الله بن عبد الرّحمن آل بسّام، مقرّر المعهد الثّانوي التّابع للجامعة الإسلامية، الطّبعة الخامسة ١٤٢١هـ.
١٠٣- تيسير الكريم الرّحمن في تفسير كلام المنّان، للشّيخ عبد الرّحمن السّعدي (١٣٠٧-١٣٧٦هـ)، تقديم: فضيلة الشّيخ عبد الله بن عبد العزيز بن عقيل، وفضيلة الشّيخ محمّد الصّالح العثيمين، عناية: عبد الرّحمن بن معلا اللّويحق، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الأولى ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.
١٠٤- الثّمر الدّاني، شرح رسالة بن أبي زيد القيروابي. الشّيخ صالح عبد السّميع الآبي الأزهري.

١٠٥- جامع الأمّهات،تأليف:الفقيه جمال الدِّين ابن الحاجب المالكي(٥٧- ٦٤٦هـ)،تحقيق:أبي عبدالرّحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطّباعة والنّشر، دمشق-بيروت، الطّبعة الأولى ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
١٠٦- الجامع الصّحيح المسند، تأليف: الإمام أبي عبد الله محمّد بن إسماعيل البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، تحقيق: محبّ الدّين الخطيب، المكتبة السّلفية، القاهرة، الطّبعة الأولى ١٤٠٠هـ.
١٠٧- الجامع الصّحيح، وهو سنن التّرمذي؛ لأبي عيسى التّرمذي (ت: ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت_لبنان.
١٠٨- الجامع الصّغير، لأبي عبد الله، محمّد بن الحسن الشّيباني (١٣٢-١٨٩هـ)، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٦هـ، الطّبعة الأولى.
١٠٩- جامع بيان العلم وفضله، وما ينبغي في روايته وحمله، تأليف: الإمام المحدِّث الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البرّ النّمر القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: أبو عبد الرّحمن فواز أحمد زمرلي، مؤسّة الرّيان، دار ابن حزم، الطّبعة الأولى ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.
١١٠- الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تأليف: أبي عبد الله محمّد بن أحمد الأنصاري القرطبي (٦٧١هـ)، تحقيق: عبد الرّزّاق المهدي، دار الكتاب العربي، الطّبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.
١١١- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمّد بن أحمد الأنصاري القرطبِي، دار الشّعب، القاهرة.
١١٢- جغرافية شبه الجزيرة العربية للصّفّ الخامس الابتدائيّ، وزارة التّربية والتّعليم، الرِّياض، ١٤٢٥هـ.
١١٣- جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المَالية، تأليف: د. عليّ أحمد النّدوي، طبعة شركةالرّاجحي المصرفيةللاستثمار،الطّبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
١١٤- حاشية إعانة الطّالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين، تأليف: السّيّد البكريّ بن السّيّد محمّد شطا الدّمياطي أبو بكر، دار الفكر، بيروت.
١١٥- حاشية الإمام أبي الحسن نور الدِّين بن عبد الهادي السّندي على سنن النَّسائي = سنن النَّسائي.
١١٦- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد).
١١٧- حاشية البجيرمي، تأليف:سليمان بن عمر بن محمّد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا.
١١٨- حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، لمحمّد الدّسوقي، دار الفكر للطّباعة والنّشر والتّوزيع، وطبعة دار إحياء الكتب العربية، لعيسى البابي الحلبِي.

١١٩- حاشية الطّحطاوي على مراقي الفلاح، لأحمد الطّحطاوي الحنفيّ (ت: ١٢٣١هـ)، كراجي.
١٢٠- حاشية العدوي، على كفاية الطّالب الرّباني، لرسالة القيرواني، تأليف: الشّيخ عليّ الصّعيدي العدوي (ت: ١١٨٩هـ)، مطبعة الحسينية المصريّة، دار الفكر للطّباعة، بيروت.
١٢١- حاشية ردّ المحتار على الدّرّ المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمّد أمين الشّهير بابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ)، عناية مجموعة العلماء، دار عالم الكتب للطّباعة والنّشر والتوزيع، الرّياض، طبعة خاصّة ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.
١٢٢- حاشية ردّ المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمّد أمين الشّهير بابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ)، اعتنَى به جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٥هـ/١٩٩٤م. وطبعة دار الفكر للطّباعة، ١٤٢١هـ.
١٢٣- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشّافعي وهو شرح مختصر المزني، للماورديّ، تقديم أ. د. محمد بكر إسماعيل وأ. د. عبد الفتّاح أبو سنّة. دار الكتب العلميّة بيروت،لبنان١٤١٩هـ/١٩٩٩م.
١٢٤- حدود ابن عرفة = شرح حدود ابن عرفة.
١٢٥- الحلل السّندسية في الأخبار التّونسيّة، لمحمّد الأندلسيّ الوزير السّراج (ت: ١١٤٩)، تقديم وتحقيق: محمّد الحبيب، الدّار التّونسية سنة ١٩٧٠م.
١٢٦- حلية العلماء، تأليف: سيف الدّين أبي بكر محمّد بن أحمد القفال الشّاشي (ت: ٥٠٧هـ)، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، وعمان، ١٩٨٠م، الطّبعة الأولَى، تحقيق: د. ياسين أحمد إبراهيم درادكه. وطبعة مكتبة نزار مصطفى الباز، تحقيق: سعيد عبد الفتّاح، الطّبعة الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
١٢٧- الخلاصة الفقهية، على مذهب السّادة المالكية، تأليف: محمّد العربي القروي، مراجعة: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
١٢٨- الخلاصة في علم الفرائض، لناصر بن محمّد الغامدي، دار طيبة الخضراء، مكّة المكرّمة، الطّبعة الثّانية ١٤٢١هـ.
١٢٩- دائرة المعارف الإسلامية، أصدر النّسخة العربية مجموعة من العلماء، مراجعة: د. محمّد مهدي علام، دار الفكر.
١٣٠- درء تعارض العقل والنّقل، تأليف: الإمام أبي العبّاس تقيّ الدّين ابن تيمية (ت:٧٢٨هـ)، تحقيق: د/ محمّد رشاد سالم، طبع على نفقة خادم الحرمين الشّريفين الملك فهد بن عبد العزيز -طيّب الله ثراه وتغمّده بواسع رحمته

وأسكنه فسيح جنّاته-، جامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلاميّة، الطّبعة الثّانية بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية، أشرفت على طباعته ونشره إدارة الثّقافة والنّشر بالجامعة، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
١٣١- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تأليف: أبي الفضل؛ أحمد بن عليّ بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، دار المعرفة، بيروت، تحقيق: عبد الله هاشم اليماني المدني.
١٣٢- الدّرر الكامنة في أعيان المائة الثّامنة، لابن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، دار الجيل، بيروت.
١٣٣- الدّرر الكامنة في أعيان المائة الثّامنة، لشهاب الدّين أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، تحقيق: محمّد سيد، نشر مطبعة دار الكتب العلمية.
١٣٤- الدّولة الموحّديّة بالمغرب في عهد عبد المؤمن بن عليّ، تأليف: د. عبد الله عليّ علام، دار المعارف بمصر.
١٣٥- الدّيباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون (ت: ٧٩٩هـ)، تحقيق: مأمون بن محي الدّين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت_لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.
١٣٦- الذّخيرة، لشهاب الدّين القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: د. محمّد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطّبعة الأولى ١٩٩٤م.
١٣٧- الرّدّ على المنطقيّين (المسمّى أيضاً: نصيحة أهل الإيمان في الرّدّ على منطق اليونان)، تأليف: الإمام شيخ الإسلام تقيّ الدّين أبي العبّاس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية (٧٢٨هـ)، تقديم: العلامة الدّكتور السّيّد سليمان النّدوي (ت ١٣٧٣هـ)، تحقيق: الشّيخ عبد الصّمد شرف الدّين الكبتي، مراجعة طلحة بلال منار، مؤسّسة الرّيان، الطّبعة الأولى ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.
١٣٨- الرّسالة الفقهيّة، للشّيخ أبي محمّد عبد الله بن أبي زيد القيرواني (ت: ٣٨٦هـ)، تحقيق: د/ الهادي حمو، ود/ محمّد أبي الأجفان، دار الغرب الإسلاميّ، الطّبعة الثّانية ١٩٩٧م.
١٣٩- الروض المربع،تأليف:منصور بن يونس البهوتي (ت:١٠٥١هـ)، مكتبة الرّياض الحديثة، ١٣٩٠هـ.
١٤٠- روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام النّووي (ت: ٦٧٦هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥هـ، تحقيق: زهير الشّاويس، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.
١٤١- روضة النّاظر وجنة المناظر، لموفّق الدّين ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ). = شرح مختصر الرّوضة.

١٤٢- روضة النّاظر وجنة المناظر، لموفّق الدِّين ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ)، تقديم وتعليق: د/ محمّد بكر إسماعيل، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنوّرة.
١٤٣- زاد المستقنع في الفقه على مذهب الإمام عبد الله أحمد بن حنبل، تأليف: شرف الدِّين موسى المقدسيّ (ت: ٩٦٨هـ)، دار الكتب العلميّة، بيروت- لبنان، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.
١٤٤- زكاة الأسهم والسّندات والورق النّقدي، للدّكتور صالح بن غانم السّدلان، دار بلنسية للنّشر والتّوزيع، المملكة العربية السّعودية، الرّياض، الطّبعة الرّابعة، ١٤١٧هـ.
١٤٥- سبل السلام، لمحمّد بن إسماعيل الصّنعاني (٧٧٣-٨٥٢هـ)، دار إحياء التّراث، بيروت ١٣٧٩هـ، الطّبعة الرّابعة، تحقيق: محمّد عبد العزيز الخولي.
١٤٦- سراج السّالك شرح أسهل المسالك، لعثمان الجعلي، دار الفكر للطّباعة والنّشر والتّوزيع، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.
١٤٧- السّلسلةالصّحيحة،تأليف:محمّد ناصر الدِّين الألبانيّ (ت١٤٢٠هـ)، النّاشر: مكتبة المعارف، الرّياض.
١٤٨- السّلسلةالضّعيفة،تأليف:محمّد ناصر الدِّين الألبانيّ (ت١٤٢٠هـ)، النّاشر: مكتبة المعارف، الرّياض.
١٤٩- سنن ابن ماجه (ت: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمّد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت_لبنان.
١٥٠- سنن أبي داود السّجستاني (ت: ٢٧٥هـ)، إعداد: عزت عبيد دعاس، نشر محمّد عليّ السّيّد حمص، دار الحديث، الطّبعة الأولى ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م.
١٥١- سنن الدّارطني، تأليف: الحافظ عليّ بن عمر الدّارقطني (٣٠٦-٣٨٥هـ)، وبذيله التّعليق المغني على الدّارقطني للمُحدِّث أبي الطّيِّب محمّد شمس الحقّ آبادي، تحقيق: مجموعة من العلماء، توزيع على نفقة صاحب السّمو الملكيّ الأمير متعب بن عبد العزيز آل سعود، أجزل الله مثوبته، الطّبعة الأولى، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م.
١٥٢- سنن الدّارقطني، تأليف: الحافظ أبي الحسن عليّ بن عمر الدّارقطني (ت: ٣٨٥هـ)، عُنِيَ بتصحيحه وتحقيقه ونشره: السّيّد عبد الله هاشم يماني المدني، ١٣٨٦هـ.
١٥٣- السّنن الكبرى، للبيهقي (٤٥٨هـ)، دار المعرفة، بيروت، مصوّر عن الطّبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بالهند، ١٣٤٤هـ.

١٥٤- السّنن الكبرى،لأحمد بن شعيب،أبي عبدالرّحمن النّسائي(٢١٥-٣٠٣هـ)،دارالكتب العلميّة،بيروت، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م، الطّبعة الأولى، تحقيق: د. عبد الغفّار سليمان البنداريّ، وسيّد كسرويّ حسن.
١٥٥- سنن النّسائي (ت: ٣٠٣هـ)،دار الفكر،بيروت، الطّبعة الأولى ١٣٤٨هـ/ ١٩٣٠م.
١٥٦- السّنن،تأليف:الإمام أبي عبد الله محمّد بن إدريس الشّافعي (ت:٢٠٤هـ)، تحقيق: د. خليل إبراهيم بلاّ خاطر، دار القبلة للثّقافة الإسلامية، جدّة، ومؤسّسة علوم القرآن بيروت، الطّبعة الأولى ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.
١٥٧- سير أعلام النّبلاء؛ للإمام شمس الدّين الذّهبي (ت: ٧٤٨هـ)، تحقيق: جماعة من العلماء، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، الطّبعة الأولى ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
١٥٨- السّيل الجرار، تأليف: محمّد بن محمّد الشّوكاني (١١٧٣-١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطّبعة الأولى ١٤٠٥هـ، تحقيق:محمود إبراهيم زياد.
١٥٩- شجرة النّور الزّكية في طبقات المالكية، لمحمّد بن مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطّبعة الأولى ١٣٤٩هـ.
١٦٠- شذرات الذهب في أخبار مَن ذهب، لأبي الفلاح ابن العماد (ت: ١٠٨٩هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.
١٦١- شذرات الذّهب في أخبار مَن ذهب، لأبي الفلاح عبد الحيّ ابن العماد الحنبلي (١٠٣٢-١٠٨٩هـ)، طبعة دار المسيرة، بيروت.
١٦٢- شذرات الذّهب في أخبار مَن ذهب،لأبي الفلاح عبد الحيّ ابن العماد الحنبلي (١٠٣٢-١٠٨٩هـ)، تَحقيق: محمود الأرناؤوط، مراجعة: عبد القادر الأرناؤوط،دار ابن كثير،دمشق-بيروت،الطّبعةالأولى،١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
١٦٣- شرح الزّرقاني؛ محمّد عبد الباقي بن يوسف الزّرقاني (ت: ١١١٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ، الطّبعة الأولى.
١٦٤- شرح العقيدة الطّحاوية، لابن أبي العزّ الحنفيّ، تَحقيق: جماعة من العلماء، تَخريج محمّد ناصر الدِّين الألباني، المكتب الإسلاميّ، الطّبعة التّاسعة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
١٦٥- شرح العلاّمة أحمد البرنسيّ الفاسيّ المعروف بزرّوق، على متن رسالة الإمام أبي محمّد ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م، ومعه: شرح ابن ناجي.

١٦٦- شرح العلاّمة قاسم بن ناجي التّنوخيّ، طبع بهامش شرح زرّوق.
١٦٧- شرح العمدة، تأليف: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، (ت: ٧٢٧هـ)، مكتبة العبيكان، الرّياض، ١٤١٣هـ، الطّبعة الأولى، تحقيق: سعود صالح العطيشان.
١٦٨- شرح القلشاني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأبي العبّاس القلشاني المغربي (ت: ٨٦٣هـ)، رسالة علمية لنيل درجة الماجستير بالجامعة الإسلامية كلّيّة الشّريعة، قسم الفقه، دراسة وتحقيق جزء منه: عبد الوهّاب بن محمّد جامع إيليشن، إشراف: د/ عبد الرّحمن بن سعدي الحربي، العام الجامعي: ١٤٢١هـ.
١٦٩- شرح القواعد الفقهيّة، تأليف: الشّيخ أحمد بن الشّيخ محمّد الزّرقا، دار القلم، دمشق، الطّبعة السّادسة ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
١٧٠- الشّرح الكبير، لأبي البركات؛ سيّدي أحمد بن محمّد الدّردير، على مختصر خليل، طبع مع حاشية الدّسوقي.
١٧١- الشّرح الكبير،لشمس الدّين أبي الفرج عبدالرّحمن بن قدامةالمقدسي(ت: ٥٩٨-٦٨٢هـ)=المقنع.
١٧٢- شرح المجلّة، لمحمّد خالد الأتاسي، المكتبة الحبيبيّة، باكستان.
١٧٣- الشرح الممتع على زاد المستقنع، لفضيلة الشّيخ محمّد بن صالح العثيمين، عناية: د. سليمان أبا الخيل، ود. خالد المشيقح، مؤسّسة آسام، الرّياض، الطّبعة الرّابعة ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.
١٧٤- شرح المنظومة السّعدية في القواعد الفقهية، تأليف: الدّكتور سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشّثري، تخريج: عبد الله بن عمر بن طاهر، دار إشبيليا للنّشر والتّوزيع، الرّياض، الطّبعة الأولى، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
١٧٥- شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للإمام المنجور (ت: ٩٩٥هـ)، رسالة علمية لنيل درجة الدّكتوراه، تحقيق: محمّد الشّيخ محمّد الأمين، إشراف: د/ حمد بن حماد الحماد، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنوّرة، قسم الدّراسات العليا شعبة الفقه، العام الدّراسي ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
١٧٦- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، تأليف: الإمام أبي العبّاس شهاب الدّين أحمد بن إدريس (ت: ٦٨٤هـ)، عناية مكتب البحوث والدّراسات في دار الفكر للطّباعة والنّشر والتّوزيع، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م.
١٧٧- شرح ثلاثة الأصول، لفضيلة الشّيخ محمّد بن صالح العثيمين، إعداد: فهد بن ناصر السّليمان، دار الثّريا للنّشر، الطّبعة الرّابعة، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م.
١٧٨- شرح حدود ابن عرفة، الموسوم بـ: الهداية الكافية الشّافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية؛ لأبي عبد الله محمّد الأنصاري الرّصاع (: ٨٩٤هـ)،

تحقيق: محمّد أبو الأجفان، والطّاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطّبعة الأولى ١٩٩٣م.
١٧٩- شرح مختصر الرّوضة، لنجم الدّين الطّوفي (ت: ٧١٦هـ)، تحقيق: د/عبدالله بن عبد المحسن التّركي، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الأولى ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.
١٨٠- شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (ت: ١٠٥١هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التّركي، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
١٨١- شرح منظومة القواعد الفقهية، للشّيخ عبد الرّحمن السّعدي، إعداد: د/ عبد العزيز بن محمّد العويد، دار القاسم، الطّبعة الأولى ١٤٢٥هـ.
١٨٢- الشّروط في النّكاح، تأليف: أ.د. صالح بن غانم السّدلان، دار بلنسة للنّشر والتّوزيع، الرّياض، الطّبعة الأولى ١٤٢١هـ.
١٨٣- الشّروط والوثائق، تأليف: الإمام أبي نصر أحمد السّمرقنديّ (ت ٥٥٠هـ) = أنيس الفقهاء.
١٨٤- صحيح ابن حبّان، تأليف: محمّد بن حبان التّميميّ البستي (ت: ٣٥٤هـ)، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م، الطّبعة الثّانية، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.
١٨٥- صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر؛ محمّد بن إسحاق السّلميّ النّيسابوري (٢٢٣-٣١١هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٣٩٠هـ/ ١٩٧٠م، تحقيق: د. محمّد مصطفى الأعظميّ.
١٨٦- صحيح التّرغيب والتّرهيب، تأليف: محمّد ناصر الدّين الألباني، النّاشر: مكتبة المعارف، الرّياض، الطّبعة: الخامسة.
١٨٧- صحيح الخباري = الجامع الصّحيح.
١٨٨- صحيح سنن ابن ماجه، تأليف: ناصر الدّين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، مكتب التّربية العربي لدول الخليج، الرّياض، الطّبعة الثّالثة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
١٨٩- صحيح سنن أبي داود، لناصر الدّين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف، الرّياض، الطّبعة الأولى ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
١٩٠- صحيح سنن التّرمذي، للشّيخ محمّد ناصر الدّين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، تعليق زهير الشّاويش، النّاشر: مكتبة التّربية العربي لدول الخليج، الطّبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
١٩١- صحيح مسلم، للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النّيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمّد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، الطّبعة الأولى ١٤١٢هـ/١٩٩١م.

١٩٢- صحيح وضعيف الجامع الصّغير وزيادته، لناصر الدّين الألبانيّ (ت١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي.
١٩٣- الصّلة في تاريخ أئمة الأندلس ومحدِّثيهم وفقهائهم وأدبائهم، تأليف: أبي القاسم خلف بن عبدالملك المعروف بابن بَشْكُوال (٤٩٤-٥٧٨هـ)، عناية: السِّيد عزت العطّار الحسينيّ، مكتبة الخانجيّ بالقاهرة، الطّبعة الثانية، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
١٩٤- الضّروريّ في صناعة النّحو، تأليف: القاضي أبي الوليد محمّد بن رشد الحفيد (٥٢٠-٥٥٠هـ)، تحقيق: د/ منصور عليّ عبد السّميع، تقديم: أ.د محمّد إبراهيم عبادة، حورس للطّباعة والنّشر.
١٩٥- ضعيف التّرغيب والتّرهيب، لمحمّد ناصر الدّين الألبانيّ (ت ١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف، الرياض.
١٩٦- ضعيف سنن ابن ماجه، لناصر الدِّين الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، إشراف زهير الشّاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطّبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
١٩٧- ضعيف سنن أبي داود، لناصر الدِّين الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطّبعة الأولى ١٤١٢هـ/ ١٩٩٩م.
١٩٨- ضعيف سنن التّرمذيّ، لناصر الدِّين الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطّبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
١٩٩- طبقات الشّافعية الكبرى، لتاج الدّين أبي نصر عبد الوهّاب السّبكي (ت: ٧٧١هـ)، تحقيق: د. عبدالفتاح الحلو،ود.محمود محمّد الطناحي،هجر للطّباعةوالتّوزيع،الطّبعةالثّانية١٤١٣هـ/١٩٩٢م.
٢٠٠- طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق الشّيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، طبعة دار القلم بيروت لبنان، بتصحيح الشّيخ خليل الميسي.
٢٠١- طبقات المفسّرين، للحافظ شمس الدّين محمّد الدّاوودي (ت: ٩٤٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
٢٠٢- طرائق الْحكم الْمُتّفق عليها والمختلف فيها في الشّريعة الإسلامية، تأليف: الدّكتور سعيد الزّهراني، مطابع الصّفا، مكّة المكرّمة، الطّبعة الثّالثة، عام ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.
٢٠٣- الطّرق الحكمية، تأليف: محمّد بن أبي بكر الزّرعي الدّمشقي (٦٩١-٧٥١هـ)، مطبعة المدني القاهرة، تحقيق: د. محمّد جميل غازي.

٢٠٤- طلبة الطّلبة في الاصطلاحات الفقهية، لنجم الدّين أبي حفص النّسفي (ت: ٥٣٧هـ)، تعليق: الشّيخ خالد عبد الرّحمن العك، دار النّفائس، الطّبعة الثانية ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٢٠٥- عارضة الأحوذي بشرح صحيح التّرمذي، للإمام ابن العربي المالكي (ت: ٥٤٣هـ)، دار إحياء التّراث العربي، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.

٢٠٦- العدّة شرح العمدة، لبهاء الدّين المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، تعليق: أبو عبدالرّحمن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت_لبنان.

٢٠٧- العرف وأثره في الشّريعة والقانون، تأليف: الدّكتور أحمد عليّ سير المباركي، الطّبعة الأولى، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

٢٠٨- العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومه لدى علماء المغرب، تأليف: عمر ابن عبد الكريم الجيدي، طبع وزارة الأوقاف تحت إشراف اللّجنة المشتركة لنشر إحياء التّراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتّحدة،مطبعة فضالة المحمّدية(المغرب)١٩٨٢م.

٢٠٩- العقد الثّمين من قواعد الشّيخ ابن عثيمين (ت: ١٤٢١هـ)، تأليف: رائد بن فؤاد باجوري، إمام وخطيب جامع حسوبه، دار القاسم، الطّبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٢١٠- عقد الجواهر الثّمينة في مذهب عالم المدينة،لجلال الدّين عبد الله بن شاس(ت: ٦١٦هـ)،تحقيق: أ.د. حميد بن محمّد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.

٢١١- عقيدة ابن رشد، للدّكتور محمّد بن عبد الله الأحمد، ١٩/٠٣/١٤٠٧هـ.

٢١٢- العلوم للصّف السّادس الابتدائي (بنين)، إعداد: مجموعة نخبة من العلماء، وزارة التّربية والتّعليم، بالمملكة العربية السّعودية، عام ١٤٢٨-١٤٢٩هـ / ٢٠٠٧-٢٠٠٨م.

٢١٣- العلوم للصّفّ الرّابع الابتدائي (بنات)، إعداد: مجموعة نخبة من العلماء، وزارة التّربية والتّعليم، بالمملكة العربية السّعودية، عام ١٤٢٨-١٤٢٩هـ / ٢٠٠٧-٢٠٠٨م.

٢١٤- عمدة الأحكام من كلام خير الأنام: للإمام تقيّ الدّين عبد الغني المقدسيّ، منْ مطبوعات جامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلامية، طبعة ١٤١٨هـ.

٢١٥- عمدة الفقه، للإمام موفّق الدّين ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، عناية مجموعة من العلماء، طبع مطبعة الفجالة الجديدة، بالظّاهر، ١٣٧٩هـ/ ١٩٦٠م.

٢١٦- عون المعبود شرح أبي داود، تأليف: أبي الطّيّب محمّد شمس الحقّ العظيم آبادي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م. والطّبعة الثّانية ١٩٩٥م.
٢١٧- عيون الأنباء في طبقات الأطّباء، تأليف: مُوفّق الدّين أبي العبّاس أحمد بن القاسم المعروف بـ (ابن أبي أصيبعة)، تحقيق: د/ نزار رضا، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٦٥م.
٢١٨- عيون المسائل في فروع الحنفية، تأليف:الإمام أبي اللّيث نصر بن محمّد السّمرقنديّ (ت: ٣٧٥هـ)، تحقيق: سيّد محمّد مهنّى، منشورات: محمّد عليّ بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطّبعة الأولى: ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
٢١٩- غرر المقالة في شرح غريب الرّسالة، لأبي عبد الله محمّد المغراوي، طبع مع الرّسالة الفقهية؛ لابن أبي زيد القيرواني.
٢٢٠- الغياثي؛ غياث الأمم في التّياث الظّلم،لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك الجويني (ت: ٤٧٨هـ)، وضع حواشيه خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، الطّبعة الثّانية ٢٠٠٣م/ ١٤٢٤هـ.
٢٢١- فتاوى اللّجنة الدّائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرّزّاق الدّويش م١٣، البيوع (١)، طبع ونشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية للإفتاء، الإدارة العامّة للطّبع، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، الطّبعة الأولى ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.
٢٢٢- فتاوى اللجنة الدّائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: الشّيخ أحمد ابن عبد الرّزّاق الدّويش، طبع ونشر رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، بالمملكة العربية السّعودية، الطبعة الثّانية، ١٤٢٢هـ.
٢٢٣- الفتاوى الهندية، المسمّاة العاكميرية، دار إحياء التّراث العربي للنّشر والتّوزيع، بيروت- لبنان، الطّبعة الثّالثة ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
٢٢٤- فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله إسماعيل البخاري، للإمام الحافظ أحمد بن عليّ بن حجر (ت: ٨٥٢هـ)، تحقيق: عبد القادر شيبة الحمد، طبع على نفقة صاحب السّموّ الْمَلَكيّ الأمير سلطان بن عبد العزيز آل سعود وفّقه الله وسدّد خطاه، الطّبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م.
٢٢٥- فتح الباري، تأليف: ابن حجر (ت: ٨٥٢هـ)، دار المعرفة، بيروت، تحقيق: محبّ الدّين الخطيب.
٢٢٦- فتح القدير شرح الهداية، لكمال الدّين ابن الهمام (ت: ٨٦١هـ)، دار إحياء التّراث العربي.

٢٢٧- الفتن والنّكبات العامّة وأثرها في الشّعر الأندلسيّ، تأليف: الدّكتور فاضل فتحيّ والي، دار الأندلس للنّشر والتّوزيع، المملكة العربية السّعوديّة، حائل، الطّبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
٢٢٨- الفَرْقُ بين الفرَق وبيان الفرقة الناجية، تأليف: عبد القاهر بن طاهر بن محمد البغدادي أبي منصور، الناشر: دار الآفاق الجديدة-بيروت، الطّبعة الثّانية، ١٩٧٧م.
٢٢٩- الفروع، تأليف: محمّد بن مفلح المقدسي (ت: ٨٦٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ، الطّبعة الأولى، أبو الزّهراء حازم القاضي.
٢٣٠- الفروع، للمحدِّث شمس الدِّين محمّد بن مفلح المقدسي (ت: ٧٦٣هـ)، ومعه: تصحيح الفروع للفقيه علاء الدِّين عليّ المرداوي (ت: ٨٨٥هـ)، وحاشية ابن قندس لتقيّ الدِّين أبي بكر بن إبراهيم البعلي (ت: ٨٦١هـ)، تحقيق: الدّكتور عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، الطّبعة الأولى ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م، مؤسّسة الرّسالة، وُزِّعَ على نفقة صاحب السّموّ الملكي الأمير سلمان بن عبدالعزيز آل سعود أجزل الله مثوبته.
٢٣١- الفروق الجليّة بين القواعد الأصولية والفقهية، د/ حمد الصّاعدي، بحث مقدّم لقسم أصول الفقه، كلّيّة الشّريعة بالجامعة الإسلامية، عام: ١٤٢٤هـ.
٢٣٢- الفروق على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله السّامُرّي (ت: ٦١٦هـ)، تحقيق: محمّد بن إبراهيم اليحيَى، دار الصّميعي للنّشر والتّوزيع، الطّبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.
٢٣٣- الفروق، لشهاب الدّين أحمد بن إدريس المالكي القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، بيروت.
٢٣٤- فصل المقال في تقرير ما بين الشّريعة والحكمة من الاتّصال، تأليف: الإمام ابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ)، تقديم وتحليل: الدّكتور محمّد عابد الجابري، مركز دراسات الوحدة العربية، الطّبعة الثّالثة ٢٠٠٢م.
٢٣٥- فضائح الباطنية، تأليف: محمّد بن محمّد بن محمّد الغزاليّ أبو حامد، النّاشر: مؤسّسة دار الكتب الثّقافية، الكويت، تحقيق : عبد الرّحمن بدويّ.
٢٣٦- فقه الزّكاة، تأليف: د. يوسف القرضاوي، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة السّابعة، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.
٢٣٧- الفقه الميسّر، لطلاب حلقات ومعاهد القرآن الكريم، على مذهب إمام دار الهجرة مالك بن أنس -رحمه الله- إعداد: عبد المعطي طليمات، دار نور المكتبات للنّشر والتّوزيع، الطّبعة الأولى ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.
٢٣٨- الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي، تأليف: محمّد بن الحسن الحجوري الثّعالبيّ الفاسي (١٢٩١-١٣٧٦هـ)، تخريج: عبد العزيز بن عبد الفتاح

القارئ، المكتبة العلمية لصاحبها: الشّيخ محمّد سلطان النمنكاني، المدينة المنوّرة، ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م.
٢٣٩- الفواكه الدّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد النّفراوي المالكي (ت: ١١٢٥هـ)، دار الفكر، بيروت-لبنان.
٢٤٠- القاموس المحيط، لمجد الدّين الفيروز آبادي (ت: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التّراث، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الثّانية ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
٢٤١- قبض الشّيك هل يقوم مقام قبض النّقد؟، تأليف: د. عبد الله بن محمّد الربعيّ، مكتبة الرّشد، الطّبعة الأولى ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.
٢٤٢- قواطع الأدلّة في أصول الفقه، تأليف: أبي الْمُظَفَّر؛ منصور بن محمّد بن عبد الجبار السّمعاني الشّافعي: (ت: ٤٨٩هـ)، مكتبة التّوبة، ١٤١٩هـ، تحقيق: د/ عبدَ الله بن حافظ بن أحمد الحكمي.
٢٤٣- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للإمام أبي محمّد عزّ الدِّين عبد العزيز بن عبد السّلام (ت ٦٦٠هـ)، مراجعة طه عبد الرّؤوف سعد، دار الجيل، الطّبعة الثّانية ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
٢٤٤- قواعد الأحكام، تأليف: الإمام أبي محمّد العزّ بن عبد السّلام (ت: ٦٦٠هـ)، مراجعة: طه عبدالرّؤوف سعد، دار الْجيل، الطّبعة الثّانية ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
٢٤٥- قواعد السّعدي = القواعد في الفقه.
٢٤٦- القواعد الصُّغرى (الفوائد في مختصر القواعد)، تأليف: الإمام أبي محمّد العزّ بن عبد السّلام (ت: ٦٦٠هـ)، تحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، وعليّ محمّد معوض، دار الجيل، بيروت، مكتبة السّنة، الطّبعة الثّانية ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
٢٤٧- قواعد الفقه الإسلاميّ من خلال كتاب: الإشراف على مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهّاب البغداديّ المالكيّ، تأليف: الدّكتور محمّد الرّوكيّ، دار القلم،دمشق،ومجمع الفقه الإسلاميّ،بجدّة،الطّبعةالأولى ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
٢٤٨- قواعد الفقه؛ لمحمّد عميم الإحسان المجددي البركتي، الصّدف ببلشرز، كراتشي، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦، الطّبعة الأولى.
٢٤٩- القواعد الفقهيّة المستخرجة من كتاب: إعلام الموقّعين، لابن القيم، إعداد: أبي عبد الرّحمن عبدالمجيد جمعة الجزائري، دار ابن القيم، ودار ابن عفّان، الطّبعة الأولى ١٤٢١هـ.
٢٥٠- القواعد الفقهيّة عند الحنابلة، إعداد: الوليد بن عبد الرّحمن بن محمّد آل فريّان، رسالةٌ علميّة مقدّمة لقسم الفقه، كلّيّة الشّريعة، بالجامعة الإسلاميّة، الدّراسات العليا، شعبة الفقه، لنيل درجة الدّكتوراه، عام ١٤١٢هـ، بإشراف فضيلة الشّيخ أ.د محمّد بن محمود الوائليّ.

٢٥١- القواعد الفقهيّة من خلال كتاب: المغني لابن قدامة، تأليف: د/ عبد الواحد الإدريسيّ، دار ابن القيّم، ودار ابن عفّانَ، الطّبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
٢٥٢- القواعد النّورانية الفقهية، تأليف: شيخ الإسلام ابنِ تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: د. أحمد بن محمّد الخليل، دار ابن الجوزي، الطّبعة الثّانية ١٤٢٢هـ.
٢٥٣- القواعد في الفقه، الْمُسَمَّى: تقرير القواعد وتحرير الفوائد، تصنيف: الحافظ أبي الفرج عبد الرّحمن البغدادي، الشّهير بابن رجب الحنبلي، (٧٤٦-٧٩٥هـ)، تحقيق: إياد بن عبد اللّطيف القيسي، بيت الأفكار الدّولية، ٢٠٠٤م، وبهامشه: قواعد السّعدي، ونيل الأرب للشّيخ محمّد بن صالح عثيمين (ت: ١٤٢١هـ).
٢٥٤- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتّقاسيم البديعة النّافعة، تأليف: عبد الرّحمن بن ناصر السّعدي (ت: ١٣٠٧-١٣٧٦هـ)، عناية: د. خالد بن عليّ بن محمّد المشقح، دار ابن الجوزي، الطّبعة الثّالثة رجب ١٤٢٤هـ.
٢٥٥- القواعد والضّوابط الفقهيّة القرافيّة،زمرة التّمليكات الماليّة،إعداد:د/عادل بن عبد القادر قوته، دار البشائر الإسلاميّة، الطّبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
٢٥٦- القواعد والضّوابط الفقهيّة المتضمّنة للتّيسير، تأليف: د. عبد الرّحمن بن صالح العبد اللّطيف، عمادة البحث العلميّ بالجامعة الإسلامية، الطّبعة الأولى ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.
٢٥٧- القواعد والضّوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، تأليف: الدّكتور إبراهيم مُحَمّد الْحريري،دار عمار للنّشر والتّوزيع، الطّبعة الأولى ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.
٢٥٨- القواعد، لأبي عبد الله محمّد المقّري(ت: ٧٥٨هـ)، تحقيق: أحمد بن عبدالله بن حميد، طبعة معهد البحوث العلمية وإحياء التّراث الإسلامي، جامعة أم القرى، بمكّة المكرّمة.
٢٥٩- القوانين الفقهية، تأليف: محمّد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطِي، (٦٩٣-٧٤١هـ)، بدون.
٢٦٠- الكافي في فقه ابن حنبل، تأليف: أبي محمّد عبد الله بن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي بيروت.
٢٦١- كتاب الفرائض، تأليف: عبد الصّمد بنِ محمّد الكاتب، من مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنوّرة، الطّبعة الثّالثة ١٤١٨هـ.
٢٦٢- كتاب المسائل، عن ابن حنبل وإسحاق الحنظلي،لابن منصور (ت:٢٥١هـ)، الجزء الأوّل، الطّهارة والصّلاة، تَحقيق: د. محمّد بن عبد الله الزّاحم، دار المنار، الطّبعة الأولى ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

٢٦٣- كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي (ت: ١٠٥٢هـ)، مراجعة الشّيخ هلال مصيلحي، النّاشر: مكتبة النّصر الحديثة لصاحبها عبد الله ومحمّد الصّالح الرّاشد، الرّياض.
٢٦٤- اللّباب في الفقه الشّافعي، تأليف: القاضي أبي الحسن أحمد بن محمّد الضّبي المحاملي (ت: ٤١٥هـ)، تحقيق: د. عبد الكريم بن صنيتان العمري، نشر وتوزيع دار البخاري، المدينة المنوّرة، الطّبعة الأولى ١٤١٦هـ.
٢٦٥- لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ت: ٧١١هـ، دار صادر، بيروت.
٢٦٦- لماذا لم تزدهر مدرسة ابن رشد في العالم الإسلامي؟ تأليف: هيام الملقي، الطّبعة الأولى ٢٠٠٦م.
٢٦٧- مباحث في علوم القرآن، تأليف: مناع القطان، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الثّانية ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.
٢٦٨- مبادئ الجغرافيا للصّفّ الرّابع الابتدائيّ، وزارة التّربية والتّعليم، الرِّياض، ١٤٢٥هـ.
٢٦٩- المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين ابن مفلح الحنبلي (ت: ٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م.
٢٧٠- المبسوط، تأليف: شمس الدّين السّرخسي، دار المعرفة، بيروت.
٢٧١- المبسوط، لشمس الدّين السّرخسي (ت: ٤٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت- لبنان ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
٢٧٢- مجلّة البحوث الإسلامية، رئاسة إدارة البحوث العلمية للإفتاء، الأمانة العامّة لهيئة كبارالعلماء،المملكةالعربية السّعودية الرّياض، العدد[٤٠]، ١٤١٤هـ.
٢٧٣- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، التّابع لمنظّمة المؤتمر الإسلامي، بجدّة، العدد: السّادس، والسّابع.
٢٧٤- مجمع الزّوائد، تأليف: عليّ بن أبي بكر الهيثميّ (ت: ٨٠٧هـ)، دار الرّيان للتّراث، القاهرة، بيروت، ١٤٠٧هـ.
٢٧٥- المجموع شرح المهذّب للشّيرازي، تأليف: أبي زكريا النّووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: محمّد نجيب المطيعي، دار إحياء التّراث العربي، بيروت- لبنان، الطّبعة الأولى ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.
٢٧٦- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرّحمن بن محمّد بن قاسم، طبعة مجمّع الملك فهد لطباعة المصحف الشّريف، في المدينة المنوّرة، تحت إشراف: وزارة الشّؤون الإسلامية والأوقاف والدّعوة والإرشاد، بالمملكة العربية السّعودية، عام: ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

٢٧٧- المحصول، تأليف: محمّد بن عمر بن الحسين الرّازي، (ت: ٦٠٦هـ)، جامعة الإمام محمّد، الرّياض، ١٤٠٠هـ، الطّبعة الأولى، تحقيق: طه جابر فياض العلواني.
٢٧٨- الْمُحلَّى بالآثار، تأليف: أبي محمّد عليّ بن أحمد بن حزم الظّاهري، (٣٨٣هـ - ٤٨٦هـ)، دار الكتب العلميّة، بيروت-لبنان.
٢٧٩- الْمُحلَّى بالآثار، تأليف: أبي محمّد عليّ بن أحمد بن حزم الظّاهري، (٣٨٣هـ - ٤٨٦هـ)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لجنة إحياء التّراث العربي.
٢٨٠- مختار الصّحاح، لأبي بكر الرّازي (ت: ٦٦٠هـ)، دار القلم، بيروت-لبنان.
٢٨١- مختصر القدوري في الفقه الحنفي، للعلامّة الشّيخ أبي الحسن أحمد القدوري الحنفي البغدادي (ت: ٤٢٨هـ)، تحقيق: الشّيخ كامل محمّد محمّد عويضة، منشورات عليّ بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.
٢٨٢- المختصر الكبير، للإمام ابن عرفة (ت: ٨٠٣هـ)، قسم المخطوطات بالجامعة الإسلامية، برقم: ٦٩٤٥، و٦٩٥٥.
٢٨٣- مختصر خليل، لخليل بن إسحاق المالكي (ت: ٧٤٩هـ)، تعليق: أحمد عليّ، دار الفكر، للطّباعة والنّشر والتّوزيع.
٢٨٤- مختصر كتاب الأمّ للشّافعي، لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني (٢٦٤هـ)، عناية الشّيخ خليل ابن مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت-لبَنان، الطّبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
٢٨٥- المدخل إلى فقه المعاملات المالية، تأليف: أ. د. محمّد عثمان شبير، دار النّفائس للنّشر والتّوزيع، الطّبعة الأولى ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٤م.
٢٨٦- المدخل لدراسة الشّريعة الإسلامية، تأليف: د. عبد الكريم زيدان، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الثّانية عشر ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.
٢٨٧- المدوّنة الكبرى للإمام مالك الأصبحيّ (ت: ١٧٩هـ)، رواية سحنون بن سعيد التّنوخي، عن الإمام عبد الرّحمن بن قاسم، ضبط: الأستاذ أحمد عبد السّلام، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
٢٨٨- مذكّرة في أصول الفقه، تأليف: الشّيخ محمّد بن محمّد المختار الشّنقيطي (١٣٩٣هـ)، مكتبة العلوم والحكم، الطّبعة الخامسة ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
٢٨٩- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، للحافظ أبي محمّد عليّ ابن أحمد بن حزم (ت: ٤٥٥هـ)، طبع مع: محاسن الإسلام، لأبي عبد

الله محمّد بن عبد الرّحمن البخاري، ونقد مراتب الإجماع لابن تيمية، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، الطّبعة الثّالثة، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٥م.
٢٩٠- المراسيل، تأليف: الإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السّجستاني (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤط، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الأولى، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
٢٩١- مراقي السّعود لمبتغي الرّقيّ والصّعود، تأليف: عبد الله بن الحاج إبراهيم العلوي (ت: ١٢٣٠هـ)، طبع مع نشر الورود على مراقي السّعود.
٢٩٢- مركز الملك فيصل للبحوث والدّراسات الإسلامية، المملكة العربيّة السّعوديّة، الرّياض.
٢٩٣- المستدرك على الصّحيحين في الحديث، للحاكم النّيسابوري (ت: ٤٠٥هـ)، بدون الطّبعة، وطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطّبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.
٢٩٤- المستصفى، تأليف: أبي حامد محمّد بن محمّد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣هـ، الطّبعة الأولى، تحقيق: محمّد عبد السّلام عبد الشّافي.
٢٩٥- مشارق الأنوار على صحيح الآثار، لأبي الفضل القاضي عياض (ت: ٥٤٤هـ)، المكتبة العتيقة تونس، ودار التّراث، القاهرة.
٢٩٦- مشكاة المصابيح، تأليف: محمّد بن عبد الله الخطيب التبريزي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطّبعة الثالثة ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م، تحقيق: محمّد ناصر الدّين الألبانيّ.
٢٩٧- المصباح المنير، لأحمد بن عليّ الفيّومي (ت:٧٧٠هـ)،مكتبة لبنان ناشرون.
٢٩٨- المصنَّف، تأليف: أبي بكر، عبد الله بن محمّد بن أبي شيبة الكوفي (١٥٩-٢٣٥هـ)، مكتبة الرّشد، الرّياض، الطّبعة الأولى ١٤٠٩هـ، تحقيق: كمال يوسف الحوت.
٢٩٩- المصنَّف، تأليف: الحافظ أبي بكر عبد الرّزّاق الصّنعاني (١٢٦-٢١١هـ)، عناية: حبيب الرّحمن الأعظمي، توزيع: المكتب الإسلاميّ، الطّبعة الثّانية ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
٣٠٠- مطالب أولي النهى، لمصطفى السّيوطي الرّحيباني، (١١٦٥-١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦١م.
٣٠١- معالم الإيمان في معرفة أهل القيروان، لأبي زيد الدّباغ (ت: ٦٩٦هـ)، تحقيق: محمّد ماضور، المكتبة العتيقة، بتونس، مكتبة الخانجي بمصر.
٣٠٢- معالم السّنن شرح سنن أبي داود،لأبي سليمان الخطابي(ت: ٣٨٨هـ)،الطّبعة الثّانية١٤٠١هـ/ ١٩٩٨م، بيروت_لبنان، منشورات المكتبة العلمية. وطبعة معالم السّنن مع سنن أبي داود.

٣٠٣- المعجب في تلخيص أخبار المغرب، لعبد الواحد المراكشي (ت: ٦٤٧هـ)، تحقيق: الأستاذ محمّد سعيد العريان، القاهرة، ١٣٨٣هـ/ ١٩٦٣م.
٣٠٤- معجم البلدان، لياقوت الحمدي (ت: ٦٢٦هـ)، دار صادر، بيروت.
٣٠٥- معجم المؤلّفين لتراجم مصنّفي العربية،لرضا كحالة،مكتبة المثنى ودار إحياءالتّراث العربي،بيروت.
٣٠٦- المعجم الوجيز، لمجمع اللّغة العربية، جمهورية مصر العربية، مطابع شركة الإعلانات الشّرقية، دار التّحرير للطّبع والنّشر.
٣٠٧- المعجم الوسيط، لمجمع اللّغة العربية، الإرادة العامة للمجمعات وإحياء التّراث، إخراج جماعة من العلماء، دار الدّعوة، استنبول_تركية.
٣٠٨- معجم لغة الفقهاء (عربي-إنكليزي-فرنسي)، وضع: أ.د محمّد رواس قلعجة جي، وقنيبي، وسانو، دار النّفائس، الطّبعة الأولى ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.
٣٠٩- معجم مقاييس اللّغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٠٠٠-٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السّلام محمّد هارون، دار الفكر للطّباعة والنّشر والتّوزيع.
٣١٠- معرفة علوم الحديث، للإمام الحافظ أبي عبد الله محمّد بن عبد الله الحاكم النّيسابوري (٤٠٥هـ)، عناية: السّيّد معظم حسين، منشورات المكتبة العلميّة بالمدينة، لصاحبها: محمّد سلطان النّمنكاني، الطّبعة الثّانية ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م.
٣١١- المعلم بفوائد مسلم، لأبي عبد الله محمّد بن عليّ المازري (ت: ٥٣٦هـ)، تحقيق: محمّد الشّاذلي، دار التّونسية بتونس، الطّبعة الثّانية ١٩٨٨م.
٣١٢- المعونة على مذهب عالم المدينة (الإمام مالك بن أنس)، تأليف: القاضي عبد الوهّاب البغداديّ (ت: ٤٢٢هـ)، تحقيق: حُميش عبد الحقّ، دار الفكر للطّباعة والنّشر والتّوزيع.
٣١٣- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحيَى الونشريسيّ (ت: ٩١٤هـ)، تحقيق: مجموعة من العلماء، إشراف: محمّد حجي، دار الغرب الإسلاميّ، بيروت، الطّبعة الأولى ١٤٠٣هـ.
٣١٤- معين الحكام على القضايا والأحكام، لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرّفيع قاضي الجماعة (ت: ٧٣٣هـ)، تحقيق: د. محمّد بن قاسم بن عياد، دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٩م.
٣١٥- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشّربيني، دار الفكر للطّباعة والنّشر والتّوزيع ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.

٣١٦- المغني، تأليف: موفّق الدّين ابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، طبعة دار عالم الكتب للطّباعةوالنّشر والتوزيع، الرّياض،الطّبعة الثّالثة١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
٣١٧- المغني، تأليف: موفّق الدّين ابن قدامة المقدسي(ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبدالله بن عبد المحسن، ود. عبد الفتّاح محمّد الحلو، دار عالَم الكتب للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الرّياض، الطّبعة الخامسة ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م، وطبعة دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، الطّبعة الأولى.
٣١٨- المفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الأصفهاني (ت: ٥٠٢هـ)، تحقيق: محمّد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.
٣١٩- المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، لأحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي (ت: ٦٥٢هـ)، تحقيق: محيي الدّين مستو، وآخرون، دمشق، دار ابن كثير، ودار الكلم الطّيّب، الطّبعةَ الأولى ١٤١٧هـ.
٣٢٠- مقاصد الشّريعة الإسلامية، تأليف: العلاّمة الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور، تحقيق: محمّد الطّاهر الميساوي، دار النّفائس، الأردن، الطّبعة الثّانية، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م.
٣٢١- مقالات الإسلاميّين واختلاف المصلّين،تأليف:أبي الحسن عليّ بن إسماعيل الأشعريّ (ت٣٣٠هـ)، تحقيق: محمّد محيّي الدّين عبد الحميد، المكتبة العصريّة، صيدا، بيروت، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
٣٢٢- المُقدِّمات المُمَهِّدات، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، تحقيق:د/ محمّد حجي، والأستاذ سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، الطّبعة الأولى ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
٣٢٣- مقدّمة في أصول الفقه، للقاضي أبي الحسن عليّ البغدادي المعروف بابن القصار المالكي (٣٩٧هـ)،تحقيق: د.مصطفى مخدوم،دارالمعلمة للنّشر والتّوزيع،الطّبعة الأولى١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
٣٢٤- مقدّمة في مصطلح الحديث، تأليف: عبد القادر بن أحمد بن بدران الدِّمَشقي الحنبلي (١٢٦٥-١٣٤٦هـ)،عناية:نور الدّين طالب،دار أطلس للنّشر والتّوزيع،الطّبعة الأولى١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.
٣٢٥- المقنع، لمُوفّق الدّين أبي محمّد عبد الله بن قدامة المقدسي (٥٤١-٦٢٠هـ)، ومعه الشّرح الكبير لشمس الدّين أبي الفرج ابن قدامة المقدسي، والإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد،لعلاء الدّين أبي الحسن المرداوي (ت:٨٨٥هـ)، بتحقيق: الدّكتور عبد الله بن عبد

المحسن التّركيّ، الطّبعة الثّانية١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م، دار عالم الكتب للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الرّياض، وُزِّعَ على نفقة خادم الحرمين الشّريفين الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود طَيَّب الله ثراه،وأجزل مثوبته.
٣٢٦- الملخّص الفقهي، لصالح صالح بن فوزان آل فوزان، عناية: صلاح الدِّين محمود السّعيد، دار الغد الجديد، الطّبعة الأولى ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
٣٢٧- مناهج الأدلّة في عقائد الملّة، للإمام ابن رشد (ت ٥٩٥هـ)، مع مقدّمة في نقد مدارس علم الكلام، تقديم وتحقيق: دكتور محمود قاسم، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٦٤م.
٣٢٨- المنتقى شرح الموطّأ، تأليف: القاضي أبي الوليد سليمان الباجي (ت: ٤٩٤هـ)، دار الكتاب العربي بيروت لبنان، الطّبعة الأولى سنة: ١٣٣٢هـ.
٣٢٩- الْمُنْتَقى شرح موطّأ مالك، تأليف: القاضي أبي الوليد سليمان الباجي (ت: ٤٩٤هـ)، مراجعة: الدّكتور محمّد محمّد تامر، النّاشر: مكتبة الثّقافة الدِّينية، القاهرة.
٣٣٠- المنتقى؛ لأبي محمّد عبد الله بن عليّ الجارود النّيسابوري (ت: ٣٠٧هـ)، مؤسّسةالكتاب، بيروت، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨،الطّبعة الأولى، تَحقيق: عبد الله عمر البارودي.
٣٣١- منتهى الإرادات، لتقيّ الدّين الفتوحي الحنبلي الشّهير بابن النّجار (ت:٩٧٢هـ)، تحقيق: د. عبد الله ابن عبد المحسن التّركي، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
٣٣٢- المنثور، لمحمّد بن بهادر بن عبد الله، أبو عبد الله الزّركشي (٧٤٥-٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف، الكويت١٤٠٥هـ، الطّبعة الثّانية، تحقيق:تيسير فائق أحمد محمود. والطّبعة الأخرى بتحقيق: محمّد حسن محمّد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
٣٣٣- المنهاج القويم شرح المقدمة الحضرمية، للهيتمي.
٣٣٤- الْمنهاج، شرح صحيح مسلم، للإمام النّووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: الشّيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت-لبنان، الطّبعة العاشرة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
٣٣٥- المهديّ ابن تومرت، المغربيّ السّوسيّ (ت: ٥٢٤هـ): حياته، وآراؤه، وثورتهَ الفكريّة والاجتماعيةَ وأثره بالمغرب، رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر، للدّكتور عبد المجيد النّجار، دار الغرب الإسلاميّ، الطّبعة الأولى ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
٣٣٦- الْمُهذّب في فقه الإمام الشّافعي، تأليف: الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن عليّ الفيروز آبادي الشّيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، تحقيق: الشّيخ عادل أحمد عبد

الْموجود، والشّيخ عليّ محمّد عوض، دار الْمعرفة، بيروت-لبنـان، الطّبعـة الأولى، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م، وطبعة المهذّب المطبوعة مع المجموع للنّووي.
٣٣٧- الموافقات في أصول الشّريعة، لأبي إسحاق الشّاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، اعتنى به جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
٣٣٨- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله الحطّاب (ت: ٩٥٤هـ)، عناية الشّيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
٣٣٩- الموسوعة الفقهية، طبع وزارة الأوقاف والشّؤون الإسـلامية، الكويـت، الطّبعة الثّانية ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، طباعة ذات السّلاسل-الكويت.
٣٤٠- الموطّأ، للإمام مالك (ت: ١٧٩هـ)، تصحيح: محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التّراث العربي، بيروت_لبنان ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٥م.
٣٤١- نثر الورود على مراقي السّعود، شرح الشّيخ محمّد الأمين الشّـنقيطي (ت: ١٣٩٣هـ)، تحقيق: د. محمّد ولد سيد ولد حبيب الشّنقيطي، النّاشر: محمّد محمود الخضر القاضي، توزيع: دار المنارة للنّشر والتّوزيع، الطّبعـة الثّالثـة: ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.
٣٤٢- النّجوم الزّاهرة في ملوك مصر والقاهرة، لابن تغري بردي الأتـابكي (ت: ٨٧٤هـ)، تقديم: محمّد حسين شمس الدّين، دار الكتب العلمية، بـيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.
٣٤٣- نزهة الخاطر العاطر، تأليف: الشّيخ عبد القادر أحمد بن مصـطفى بـدران الرّومي الدّمشقي، طبع مع روضة النّاظر وجنة المناظر، لموفّق الدّين ابن قدامة، طبعة مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنوّرة، تقديم: د/ محمّد بكر إسماعيل.
٣٤٤- نصب الرّاية، لأحاديث الهداية؛ لجمال الدّين الزّيلعيّ (ت: ٧٦٢هـ)، الطّبعة الثّانية، مطبوعات المجلس العلمي، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٣٩٣هـ، وطبعة دار الحديث، مصر، ١٣٥٧هـ، تحقيق: محمّد يوسف البنّوري.
٣٤٥- نظام القضاء في الشّريعة الإسلامية، تأليف: الدّكتور عبد الكـريم زيـدان، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الثّالثة، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.
٣٤٦- نفح الطّيب عن غضن الأندلس الرّطيب، تأليف: الشّيخ أحمد بـن محمّـد المقرّيّ التّلمساني (ت: ١٠٤١هـ)، تحقيق: د/ إحسان عبّاس، دار صادر، بيروت، ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م.
٣٤٧- نفح الطّيب عن غضن الأندلس الرّطيب، تأليف: الشّيخ أحمد بـن محمّـد المقرّيّ التّلمساني (ت: ١٠٤١هـ)، شرح وتعليق: الدّكتورة مـريم قاسـم

طويل، والدّكتور يوسف عليّ طويل، دار الكتب العلميّة، بيروت-لبنان، الطّبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
٣٤٨- النكت والفوائد السّنية على مشكل المحرر، تأليف: أبي إسحاق، إبراهيم بن محمّد بن عبد الله بن مفلح، (ت: ٨٨٤هـ)، مكتب المعارف، الرّياض، ١٤٠٤هـ، الطّبعة الثّانية.
٣٤٩- نهاية الزّين في إرشاد المبتدئين، تأليف: محمّد بن عمر بن علي بن نوري الجاوي، أبو عبدالمعطي، دار الفكر، بيروت، الطّبعة الأولى.
٣٥٠- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدّين الرّملي (ت: ١٠٠٤هـ)، النّاشر: المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشّيخ.
٣٥١- النّهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدّين ابن الأثير (ت: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمّد الطّناحي، المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشّيخ.
٣٥٢- نيل الأرب من قواعد ابن رجب؛ للعلاّمة الشّيخ محمّد بن صالح بن عثيمين (ت: ١٤٢١هـ)، وهو شرح الشّيخ رحمه الله على القواعد لم يتمّه، وكان شرحه في حلقات في مدينة (بريدة) بالمملكة العربية السّعودية، وسلّجت له في (١٨) شريط صوتي، وأثبته محقّق تقرير القواعد: إياد بن عبداللطّيف بن إبراهيم القيسي في الهامش.
٣٥٣- نيل الأوطار، للشّوكاني (١٢٥٥هـ)، دار الجيل بيروت، ١٩٧٣م.
٣٥٤- الهداية شرح بداية المبتدَى، تأليف: برهان الدِّين أبي الحسن عليّ بن أبي بكر الرّشداني المرغيناني (ت ٥٩٣هـ)، النّاشر: المكتبة الإسلامية، بدون تاريخ.
٣٥٥- الهداية في تخريج أحاديث البداية (بداية المجتهد لابن رشد)، تأليف: الإمام الحافظ المحدِّث أحمد الغماري، تحقيق: يوسف عبد الرّحمن المرعشلي، وعدنان عليّ شلاق، عالم الكتب، الطّبعة الأولى ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.
٣٥٦- الوافي بالوفَيات، لصلاح الدِّين الصّفدِيّ (ت: ٧٦٤هـ)، عناية جماعة من العلماء، دار النّشر فرانز شتايز بفيسبارون.
٣٥٧- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلّيّة، تأليف: د/ محمّد صدقي البورنو، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الخامسة ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢م.
٣٥٨- الوسيط في المذهب، لأبي حامد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمّد محمد تامر، دار السّلام للطّباعة والنّشر والتّوزيع، القاهرة، الطّبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
٣٥٩- وفيّات الأعيان وأنباء أبناء الزّمان، لابن خلكان (ت: ٦٨١هـ)، تحقيق: الدّكتور إحسان عبّاس، دار صادر بيروت.

٣٦٠- الوفيّات، لأبي العبّاس أحمد بن حسن الشّهير بابن قنفذ القسنطينيّ، تحقيـق: عادل نويْهض، منشورات دار الأفاق الجديـدة، بـيروت، الطّبعـة الثّالثـة ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

٣٦١- **Collins Cobuild on CD-ROM-lexicom.**

٣٦٢- موقـع الأمـم المتَّحـدَّة علـى الإنترنيـت: **http://www.uno.org/.**

٣٦٣- موقع الجامعة الإسلاميّة علي الإنترنيت: http://www.iu.edu.sa/arabic/intro/index.htm.

فهرس محتويات الجزء الرابع